

# アメリカ大統領と安全保障法としての移民法

—— テキサス事件を素材として ——

富井 幸雄

## 一 はじめに

外国人を自国内に受け入れるかどうかを判断する、ビザ（査証）の発給から滞在許可、さらに帰化は、国家の主権的決定であり、そのための法制度が整備されとともに、その具体的な執行は、国際情勢や経済状況などを考慮した政策判断による。<sup>(1)</sup> アメリカは一九世紀末に中国系移民を排除する立法が問題になったとき、連邦最高裁判所（以下、最高裁）は、外国人を排除する権限は政府に属する主権に付随する（incident）ものであって、アメリカ合衆国憲法（以下、憲法）によって委任された主権の一部であるとしている。<sup>(2)</sup> 外国人は、国家やアメリカ社会に危険をもたらすこともあり、移民認定は安全保障と関係する。<sup>(3)</sup> 移民問題は、アメリカでは国内問題とみなされがちであるけれども、この国はグローバルな存在となっており、国際関係の中で議論されなければならない。<sup>(4)</sup>

アメリカにおいて、外国人（alien）は移民か非移民のどちらかで、移民には合法的永住資格もしくはグリーン

アメリカ大統領と安全保障法としての移民法

（都法五十七―二）

四五

カードが与えられる<sup>(5)</sup>。移民となれば、自分の意思で放棄するか、法に基づいて国外追放されなければ、アメリカに永住できる。これには、家族関係、雇用関係、人道的必要性に基づく者、もしくは特別の「Diversity Visa」のくじの当選者がある。永住資格の獲得は国務省、また労働関係では労働省を巻き込む多様な段階のプロセスを経て（自分ではなくアメリカ在住の使用者などが申請する）、連邦市民移民局（U.S. Citizenship & Immigration Services (USCIS)）がビザを発給する。この段階で在住外国人（resident alien）となり、海外にいる彼（女）らは領事に移民の申請をして、領事がこれを認めなければならない。そして、渡米したとき入国審査で改めて許されれば在留でき、移民となる。非移民については、学生ビザなど特別な手続がステイタスに応じて用意されている。これら外国人は、法が定める国外追放要件を満たしたとき、在住資格を失う。その認定には、執行権がその手続を始めて司法的に決定されるけれども、庇護、地位調整、退去取消、自発的離米（departure）などの救済も用意されている。

アメリカは移民の国である<sup>(6)</sup>。憲法が制定された時から、移民をどうするかは止むことのない重大な政策問題<sup>(7)</sup>だ。これには、議会制定法をはじめとして法令が体系化されている一方で、移民は安全保障の問題が絡むため、臨機応変な、政治戦略もからんだ運営が要求される。移民政策の形成は実体的な価値判断を含む<sup>(8)</sup>。自分たちは誰であり、どのような資質を自らに認めるのか。アメリカの移民政策の形成は、人口の好ましいサイズ、社会構成、経済方向の価値判断を不可欠として、家族の団結、経済的必要性、どの外国人を受け入れるかの優先順位を付けることを要求し、さらに外交関係、法執行機関の必要性や戦略、そして、ナショナリズム、共同体、自治、市民権（citizenship）、市民的自由についての決定を含む複雑なプロセスである。こうしたことから、法令を執行する責のある大統領（執行権）が移民法の執行を懈怠したり、法とは異なる政策を打ち立てたりするのも、みられるところである。

大統領にこうしたことが認められるか。移民政策の究極の決定権者は議会なのか、大統領なのか、明確でなければならぬ<sup>(9)</sup>。これは権力分立の問題であるところ、憲法には移民権限の所在について規定がない。現実には、そして歴史的に、州はそれぞれで移民政策や法を設けており、連邦問題になっても、これに憲法の規定はない<sup>(10)</sup>。決定的な判例も存在しない。近時、テキサス州などがオバマ大統領の移民法の不執行を違憲と主張して訴訟を提起している。二〇一五年末、最高裁が上告を受理し、この問題について初の判断が出される可能性が出てきた<sup>(11)</sup>。この *Texas v. United States* (テキサス事件) を検討することで、大統領の移民に関する権限を考えてみたい。

テキサス事件と同様に州(知事)が連邦の移民政策を争うケースがいくつかあり、移民政策がそもそも連邦の権限なのかといった修正第一〇条の問題もある。テキサス事件は訴訟前の議論として州に原告適格があるかの行政手続法 (*Administrative Procedure Act* (APA)) の解釈が大きな争点となっており、権力分立の解釈といった本案まで最高裁が判断するかは不明である。しかし、最高裁は議会と大統領の権力分立の問題を判示することもあり<sup>(14)</sup>、移民権限についてもその可能性はある。

本稿はまず、州がどのように連邦の移民法の不履行を争うようになる背景を把握する。現在の移民の法と政策がいかなる歴史的展開の中でもたらされたのかをスケッチする。二〇一四年、オバマ大統領は議会の授權なく自らの移民政策を実行する(児童期渡米者猶予計画 (*Deferred Action for Childhood Arrivals* (DACA)) など) ようになったことで、執行権と議会の移民権限の配分が論争となっている<sup>(15)</sup>。これに至る歴史的背景をみたくうえで、テキサス事件を検討する。ただ本件は APA の解釈が主であるので、大統領の移民政策権限がその範囲や根拠を含めてどう認められるかは、学説を中心に検討する。そして、移民法制度の形成や執行に安全保障の要素が、とりわけ九・一一以降強くなり、国家責任者として大統領に移民法を執行しない広範な裁量が認められるのではないかを考える。

## 二 ニテキサス事件とその背景

### 1 移民の政策と法——歴史的素描<sup>(16)</sup>

建国期、移民政策は植民地時代から受け継いで州の管轄であり、個々の州が連邦の関与をさほど受けることなく実施していた。それは当該州の共同体にとって望まない者を排除するものであるけれども、そうでない健全な者は誰でも受け入れたのであった。一八七五年以前、州の移民法は外国の移住を含めて州際で適用され、犯罪者、貧困者 (paupers)、黒人、信条 (宗教や政治的)、のカテゴリーで規制する傾向にあった<sup>(17)</sup>。もともと、経済のために移民政策として黒人の労働者を奴隷として受け入れており、人種差別を助長した。

憲法を起草しようとしたとき、北米イギリス領の発展を横目で睨みながら、一七八七年にフィラデルフィアに集まった、より完全な連合を目指した制憲者には、それまで以上に制約的な移民政策は必要ではなかった<sup>(18)</sup>。ただ、州にあつては州外の自由市民にも州の人と同じ権利を付与するとの法原理があり、外国人に市民権を認めることは州のまちまちの判断であつたため、好ましくない外国人に市民と同じ権利を認めることには不都合が生じる。そのため帰化に関して統一のルールが必要だと認識され、それは中央政府が定めるべきだと主張された<sup>(19)</sup>。外国人にアメリカ市民権を付与する移民政策は帰化と符合して、申請に基づき個別法 (private bill) によつたが、費用が高く、公法 (public law) で運営されるべきとの機運も高まつた。帰化権限を新たな連邦政府に移送すべしとの主張が憲法制定で議論となり、帰化条項 (憲法一条八節四項) に結実する<sup>(20)</sup>。

連邦の包括的な移民政策が実効性を持つようになったのは、中国人の移民の排除に始まる。一八四八年に金が発

見され、米不足も手伝ってアジアの労働力が必要となり、一八八二年までに約三〇万人の中国人が西海岸に入国、働いた。ときに反中国人感情も激化し、中国人に市民権を認めないとする一七九〇年の国籍法を改正し（帰化は自由白人に限定（黒人とネイティブ・アメリカ人は例外）、一八七〇年の法では「好ましからぬ性質（undesirable qualities）」ゆえに中国人の帰化権を否定した。一方日本人は、使用者にはむしろ温かく迎えられ、その勤勉さからアメリカの膝になるともみられた。しかし、日露戦争でロシア海軍を破ったことから雲行きが変わり、反日の感情や運動が目立ってきた。セオドア・ルーズベルト大統領は、日本政府といわゆる紳士協定を一九〇七年と一九〇八年に結び、日本政府は労働目的のビザを発給しない代わりに、日本人の妻や子供がアメリカで父や夫と暮らせるようにした。アジア外人への嫌悪感情や偏見を馴らしたり、経済的必要性を考慮したりして、議会の移民法が形成されたが、移民排除的な法律は一九四〇年代まで残存し、反移民権力のピークの象徴となった。<sup>(21)</sup>

冷戦にあつて、共産主義や非民主主義の思想が流入することへの懸念が高まり、一九四〇年のスミス法のように革命的唱導を規制する立法が制定される。一九五二年に移民国籍法（Immigration and Nationality Act (INA)）が制定され、無政府主義や共産主義、その他全体主義的な思想を唱導したり、関連団体の構成員であつたりした外国人は国外退去させる法制度ができる。<sup>(22)</sup>

一九七〇年代から八〇年代にかけて増え続ける無査証の（undocumented）移民（多くはメキシコ人）をどうするか。<sup>(23)</sup> そうした外国人を適法とするか、見つけ出して送還するか、そのままにしておくか。数年の議論を経て、一九八六年の移民改革統制法（Immigration Reform and Control Act (IRCA)）は初めて、アメリカで働くことが認められていない労働者を雇用することを禁じ、違反の使用者には民事の制裁を設けた。

どの移民をアメリカに受け入れるかといった古典的な問題は、常に争われた。INAは移民選択制度にはさほど変

化をもたらしていない。トルーマンやケネディ大統領の下で、いわばどのような外国人がアメリカ社会に受け入れるのに好ましいか (preference) が探求された。立法では移民の数は制限していないので、具体的にはメキシコを最大とする中南米からの移民にビザをどうするかの問題である。一九七〇年代末から八〇年代にかけて、移民ビザの数はメキシコなどの Latino と中国などアジアで分かつようになっていく。九〇年代にかけて西ヨーロッパ人に対する優遇措置が取られ、移民の構成に多様性をもたらすようになる。

一九九〇年の移民法は、親族関係や雇用のカテゴリーでのビザの数の議論であつた。一九九六年、犯罪外国人を扱う厳しい規定が必要だとして、反テロ死刑効率法 (Antiterrorism and Effective Death Penalty Act) が制定され、排除のための犯罪外国人や外国人のテロリストの特別の送還 (removal) 手続に関する移民法が形成された。同年制定の個人責任労働機会調整法 (Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act) は、適法移民を連邦抛出の公的手当では多く無資格とし、州や自治体にも公的な手当を否定するよう授權した。社会福祉法は無査証移民と査証移民 (documented 難民を含む) の資格を分けているが、同法は両者とも禁じたのである。一方で、政権と議会は障害や健康の手当を認めた。同年制定の不法入国改革移民責任法 (Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act) は、殺人やレイプなど法が規定する重罪 (aggravated felons) を犯した移民を国外追放から回復させる裁量的救済を廃止した。査証なく国境に來た外国人を排除する手続を設け、庇護 (asylum) を求める者にも法の手続や要件を設けた。

二〇〇一年の九・一一 (同時多発テロ) は、「安全保障のレンズで移民政策の起案と執行手続を見直すことを議会と大統領にもたらした」<sup>(24)</sup>。二〇〇二年に国土安全保障省 (DHS) が創設され、法務省から移民局 (Immigration and Naturalization Service (INS)) が編入されて、移民の主務官庁になった。愛国者法 (USA PATRIOT Act) が制

定され、第43代大統領ブッシュ（息子の方。以下ブッシュ43）の荒削りの移民政策が如実に現れ、アメリカ市民を含む在留人に対する包括的な搜索、監視、拘禁の権限を認めた。ビザの発給や移民の執行は、安全保障のレンズを通してふるいにかけられるものとされた。

オバマ大統領の移民執行の歴史は、「国外追放長官（deporter-in-chief）」対「無査証の学生に雇用許可と猶予を認める執行裁量を行使する大統領」として描かれる。<sup>(4)</sup> オバマは共同体保全プログラム（Secure Communities Program（SComm））をいただいて、就任六年目にして送還が二〇〇万件に達する記録的なペースで国外追放を実施している。そこにはICE（移民関税局）とFBI（連邦警察）の連携と生物科学技術の向上があり、州や自治体と指紋等の情報が共有される。ICEは公共の安全に脅威を与える者や移民法違反常習者といった犯罪外国人の排除が第一だとしているけれども、追放者の半数は軽犯罪者あるいは無垢の者である。

二〇一四年一月二〇日、オバマは大統領命令でこのプログラムを廃止し、家族でなく重罪人に特化する優先執行プログラム（Priority Enforcement Program（PEP））を設けた。SCommでは、州や地方の警察が送った指紋がICEの記録と一致すると、「ICE預かり（ICE hold）」として移民拘禁がなされ、地方警察はこれをさらに四八時間延長できる。PEPでは指紋は登録されるが、移民への執行行為は当該人物が真に罪を犯し、なおかつテロやスパイなど優先犯罪リストにひっかかるかときのみなされる。<sup>(5)</sup> 移民法で義務付けられていなければ拘禁されず、重篤な心身障害者や妊婦、老人などは、ICEは拘禁しない。

公共の福祉を保護するというより送還する人を選別するように警察を仕向けるので、公共の安全の脅威に関わる地方の警察官に連邦が依然として関わり続けることが批判される。DHSでささやかれる「ベッド命令（bed mandate）」で、移民の拘禁は記録的な増加を辿る。ICEは、拘禁者（detainer）を選別して四八時間までの監禁を



地方に要請するとともに、送還手続を開始する。地方の収容所はこうした者たちで溢れ、移民のベッドと化した。これに地方や州が悲鳴を上げ、二〇一四年カリフォルニアのTRUST法にみられるように、ICEに従わない州政策もあらわれるようになる。

一方でオバマは、無査証移民にかんする議会の包括的な改革法なくして、多くの外国人を退去させないようにするために、DHSに行政裁量を認める。二〇一一年六月一七日にICEの長官が出したMorton memo<sup>モートン・メモ</sup>は、その職員に、アメリカに家族や教育、軍などの強い結びつきがある無査証移民には起訴裁量(prosecutorial discretion)で責任追及を控えるように指示した<sup>(28)</sup>。これは移民権賛成派には歓迎されたが、非統一的な運用ももたらした。この時の政府の推計では、四千万の移民のうちの三〇%にあたる一一五〇万人の違法移民が在留した。違法移民は大別すれば、違法に入国した者と、適法に入国したものの現在違法滞在となっている者、の二つがある。INSはこれらに送還命令を出すとするのがINAである。DHSの機関であるICEは違法移民を排除する責務を有する一方で、DREAM Act(後述)は学生など特定のカテゴリーには一定期間の猶予を設けている。オバマはこれを拡大させようと立法のアジェンダをもうけるが、議会はこれを否定したので、DHSを通して包括的な移民改革を実施する。いわゆる猶予計画(Deferred Action)であり、ICEのメモは起訴裁量で法を執行しないとしたのである。

無査証移民をどうするか。杓子定規で送還するというわけにはいかない状況が出ている。幼児期に無査証移民として入国、教育をつみ、アメリカ社会で一人前に仕事をしている人を強制送還するのか。家族や仕事をほったらかしにして本国に戻すのか。ブッシュ<sup>43</sup>は二〇〇一年に少数外国人発達救済教育法(Development, Relief and Education for Alien Minors Act (DREAM Act))を打ち出し、一五歳以下でアメリカに無査証で入国した若者は条件付きで永住市民として高校卒業や大学入学の資格が認められるとした<sup>(29)</sup>。毎年六万五千くらいの無査証の高卒者



がでており、彼（女）らに軍を含むあらゆる社会進出の道を作った。

軽犯罪で DREAM の恩恵を受けないこととなるのに不満が生じたので、オバマは二〇一二年六月一五日に、一〇〇万人以上もの国外追放されうる移民に暫定猶予を認め、同法の対象者（DREAMers）に猶予と雇用の機会を認める DACA を打ち出した。二〇一四年三月までに五五万三一九七が <sup>ダッカ</sup>DACA の地位を認められ、二万三一一のみが否定された。同年一月、さらに強化して、適法な永久住民の子供やアメリカ市民の子供の親である四、五百万もの無査証の移民の送還を留保した。アメリカ人及び適法永久在住者の親のための猶予計画（Deferred Action for Parents of American and Lawful Permanent Residents <sup>ダッパ</sup>（DAPA） program）である。共和党がこれに反発するなど、批判もある。こうした大統領の移民政策が制定法の授權なくして実施されることに、訴訟が提起されるのである。アメリカの移民法と政策を歴史的に一瞥した。移民の法と政策はアメリカの国内の社会経済的な要素と密接に関連していて、流動的で政治的である。そのプロセスは基本的に議会制定法で規定されるけれども、ブッシュ<sup>43</sup>そして特にオバマにあつては、法の不履行も含めて自らの政策を前面に出し、裁量的な運用をしているといえる。<sup>(31)</sup>

## 2 州が連邦を移民法不履行で訴える経緯

移民権限は当初から立法が規律し、現行は INA が基本となる。それは、不法に入国滞在している外国人を排除すると定め、執行権が退去命令を出し執行することになっているところ、連邦政府の執行権がこれを執行しないことが問題となる。現行法では不法移民（unauthorized aliens）はアメリカ国内においてはならず、排除されるのである <sup>(31)</sup>（removal）。

こうした連邦政府に州あるいは自治体が不服をあらわにすることがある。<sup>(32)</sup>ある州や自治体は、連邦政府の執行

が人権侵害になるなどとして、連邦に協力するのを制限する聖域（sanctuary）政策をとる。不法移民へのコスト負担を憂慮して、不法移民を拘禁する手段をもつ地方もある。連邦職員に移民法の執行を義務付けたり、不法移民のコストの補填を求めたりする訴訟を提起する州や地方もある。

議会調査報告書（CRS）によれば、そうした訴訟には三つの類型がある。第一は、九〇年代半ばにアリゾナ、カリフォルニア、フロリダ、ニュージャージー、ニューヨーク、テキサスの六州が、ほぼ共通して違法移民の統制を連邦政府は怠っていると訴えたものである<sup>(33)</sup>。これらのほとんどは、州の原告適格を否定して、違憲や違法の本案の主張の判断にまでたどり着かない。

ここでは、州が連邦政府の移民政策や慣行を三つの憲法条項に照らして違憲と主張しているのが目を引く。第一が帰化条項（一条八節四項）である。同条項は帰化について統一的ルールを連邦議会が制定するとしており、州への移民は全国的に統一たるべきで、そうでないときは連邦政府がそうなるよう補填する義務があると主張するのである<sup>(34)</sup>。第二、第三、第九連邦控訴裁判所は、同条項は連邦政府が州の違法移民にかかるコストを補填する義務を課したのではなく、非政府の第三者の侵害から保護する義務を課したものでないとしている<sup>(35)</sup>。

第二が、連邦は全州の共和政体を保障し侵略から保護するとした四条四節（Guarantee Clause）違反であり、同条項で不法移民への州のコストは連邦政府が補填することになると主張する<sup>(36)</sup>。これもすべての控訴審ではねられており、同条項は政治問題で司法判断の対象にならず、そもそも共和政体の侵略はないとも判断された<sup>(37)</sup>。

第三が、憲法が連邦権限として列記する以外は州の権限として留保されるとする修正第一〇条違反であり、不法移民の負担を州に押し付けることがそれに当たるとの主張である<sup>(38)</sup>。裁判所はこれを退け、州による医療、教育支援は州が同意しており、また州法によって運営されているなどとして、連邦の行為が州を徴発している

(commandeer) ことにはならないとした<sup>(39)</sup>。また、不法移民を排除する INA を連邦政府が履行しないことが法執行義務に違反するとも主張されるが、退けられている<sup>(40)</sup>。

第二は、第一の流れを受けて、アリゾナ州が、自州の法執行機関支援隣安全法 (Support Our Law Enforcement and Safety Neighborhoods Act) で不法移民に対して司法警察権を認めたことに対して、連邦政府がそれは連邦が先占 (preempt) しているとして、同法の執行差し止め (preliminary injunction) を求めた訴訟に、同州が反論したものである<sup>(41)</sup>。アリゾナは、連邦の政策や慣行が憲法や制定法、特に不法入国者を規制できていないことが修正第一〇条に加えて侵略国内暴動条項 (四条四節) に反するとし、さらに連邦職員がアリゾナのメキシコ国境で作戦統制 (operational control) を果たしていない違法と、アリゾナ州犯罪外国人補助プログラム (State Criminal Alien Assistance Program (SCAAP)) に基づいて、州が犯罪外国人を拘禁していることのコストに対する補填を求めた。連邦政府は、アリゾナ州は違法移民によって事実上の損害を受けたと訴えていないから、原告適格を持たないと主張した。連邦地裁は、①連邦は、違法移民が事実上の損害を形成しているかどうかは問題としていない、②アリゾナは、不法移民がアリゾナに入る選択と行為は連邦の政策や慣行に直接影響を受けたことを示す事実を訴えている、③連邦に国境を保全する暫定措置をとるよう命じることはアリゾナに何らかの救済をもたらず、として、同州の原告適格を認めた。しかし、先に見たように、違憲の主張には司法判断適合性がないなどとして判断しなかった。また、行政法についてもそれらが行政裁量であるとして、司法判断しなかった<sup>(42)</sup>。最高裁は SCAAP の問題となっている四つの条項のうち三つについて、連邦の先占を認めた。

第三が、オバマの DACA を争うミシシッピ州の挑戦である。二〇一二年、ICE のエージェントが DACA に対して DHS や HIS を訴えたことに同州が参加したもので、連邦職員の移民法の不執行を争った<sup>(43)</sup>。原告は、DACA が

法誠実執行配慮条項 (Take Care Clause (TCC) (憲法二条三節)) に反して議会の立法権限を侵しており、違法移民には移送の手続が開始されなければならないとする INA 二三五条に反すると主張した。同条は、不法滞在する外国人は入国の申請をしなければならず、その審査は入国管理官によってなされるとし、入国管理官が当該申請人を入国に値するに疑わしいと決定したときは退去手続 (removal) のために拘禁されるものとする (shall)、と規定する。連邦地裁は、この条項で ICE の原告適格は認め、shall は行政機関の行為を義務付ける意味だったが、別訴で同じ裁判所が原告適格を否定している<sup>(44)</sup>。控訴審 (連邦第五控訴裁判所) はこれを支持し、また、同条は執行機関が不法移民の猶予を認めるのを禁じるものではないとした<sup>(45)</sup>。なお、ミシシッピ州の原告適格は、主張する損害が思弁的で憲法三条の要請を満たすほど十分に具体的ではないとして、否定されている<sup>(46)</sup>。

### 3 テキサス事件

これら三つのパターンに加えて第四の流れが、子供としてアメリカに連れてこられた付加的な外国人にも DACA を拡大してカバーするようにし、アメリカ市民の両親である不法移民のために創設された DAPA と呼ばれるプログラムを争うものである<sup>(47)</sup>。テキサスをはじめ、アラバマ、ジョージアなど二六の州あるいはその知事が原告となって、特にこの新たな政策が TCC に反すると主張した。二〇一五年二月一六日の連邦地裁判決は、州の原告適格を認め、当面、DAPA の執行を差し止めた<sup>(48)</sup>。連邦政府がこれに緊急のインジャンクションを求めたが、原審を支持した<sup>(49)</sup>。また、連邦政府は第五控訴裁判所に控訴し、州に原告適格がないこと、DAPA や拡大版 DACA は司法審査に服さないこと、問題となっているプログラムを創設したメモは実体的ではなく解釈ルールに過ぎないこと、を主張した。一月九日、控訴審は以下のように判断して原審を支持した。

DAPA が二〇一四年の DHS の長官メモでその猶予を受ける期間と対象範囲を拡大され、適法に在住する (lawful presence) と認められた者は、医療や健康の公的扶助を受給する資格を持ち、労働もできるとされた。テキサスは違法に滞在する外国人には運転免許証を発給しないとしており、次の三点を主張して DAPA の執行の差し止めを求めた。第一に、DAPA は規則制定には告知と意見陳述を要するとした APA に反している。第二に、APA 違反ではないとしても、州は実体的にこれを執行する権限を持たない。第三に、DAPA は憲法上の大統領の権限である TCC を逸脱している。連邦は州が原告適格を欠き、さらに司法判断に適合しないと主張した。

まず、テキサスは DAPA を争う原告適格を有する<sup>(9)</sup>。判例法上、原告は被った損害が、個別具体的に現実性急迫性があり、争っている行為に正当にさかのぼることができ、勝訴判決で救済される者でなければならない。手続上の権利が与えられているときは、要求された救済が、原告に損害を与えていると主張している決定を再考するよう、損害を与えている当事者を促す可能性のあるものでなければならない。本件で州は、原告適格の審査を満足させる「特別の憂慮 (special solicitude)」がある。州の領域にかんする準主権的な利害が認められ、それは INA の利益の領域 (zone of interest) 内にある。DAPA は、運転免許を外国人に発給し、そうした免許に資金を補助すると規定したテキサス法を変える実質的なプレッシャーをかけることで、州の準主権的利益に影響を及ぼす。

次に州が適切な訴訟当事者だとしても、司法審査が排除される<sup>(10)</sup>。政府のいうように、INA は明文で司法審査を禁じている (8U.S.C § 1252(g))。しかし、それは管轄権の包括的な制限ではなく、法務長官が、手続を開始し、それを裁決し、退去命令を執行する三つの決定ないし行為のみに適用されるもので、何百万もの外国人に適法な居住 (lawful presence) を認容する決定のためのものではない。猶予行為 (deferred action) は単なる不履行にとどまらず、違法に滞在する外国人に「適法な居住」とそれに関連する便益を与えるもので、移民法違反かどうかが判

断されるものである。

さらに、DAPAとDACAの拡大は、APAに基づいて告知と意見陳述の規則制定手続が履踐されなければならないとした原審を支持した<sup>(52)</sup>。これは、APAが適用されない政策声明ではなく、法的拘束力のある実体的ルールである。なるほどDACAやDAPAのメモは裁量を認める意図があるが、拘束力ありと示すようなやり方で行政機関によって適用されると拘束力が認められる。

なお、TCCに反するかの大統領権限にかんする憲法判断は必要ないとして、論及していない<sup>(53)</sup>。しかし、一連の連邦の移民法や政策の不履行を争う州の訴訟で、DAPAの履行の遅延とDACAの拡大といった一定の連邦執行権の行為が司法判断の対象足りうると初めて判断し、州の原告適格を認めて連邦の不履行の違法を勝ち取るチャンスが認められるようになった<sup>(54)</sup>。

一月二〇日、連邦政府（法務省）は、州に原告適格があるか、DAPAや拡大DACAは連邦法に合致しているか、それらを適用するのに告知と意見陳述の手続を踏む必要があるかの判断を仰ぐべく、最高裁にサーシオレイライを求め、二〇一六年一月一九日、認められた<sup>(55)</sup>。その際、最高裁は当事者にTCCに反しているかどうかの議論をなすように求めており、大統領の移民権限が憲法上どこまでどのように認められるかの判断が期待されることとなった<sup>(57)</sup>。州側は、オバマのこの猶予行動は歴史上移民政策の最大の変更で、大統領の行動は議会の支持を欠いており、権力分立と連邦主義を含む主要な問題を提起しているから、慎重に審査されなければならないとしている<sup>(58)</sup>。連邦政府側が勝訴すれば、五百万人以上もの移民が労働する権利を得て、国外追放から暫定的に保護されるDAPAや拡大DACAで利益を受けることになるので、本件訴訟の国家的意義は大きい。

### 三 移民規制権限と大統領

州が連邦の不履行を訴える裁判を起こしたケースでは、連邦政府内で議会と大統領で移民規制権限がどこにあるのかは、ストレートに争われているわけではない。州に原告適格があるかなど、司法権が判断できることなのかが一義的に問題とされる。歴史的には議会が主たる移民権限を行使し、議会がその絶対性を叫ぶようになっている。<sup>(64)</sup> テキサス事件のように、オバマ大統領や DHS が、DACA によってケースバイケース・ベースで在留非市民の退去を猶予し、永久ではないにせよ雇用機会や社会保険番号を認めるなどしたことは、議会との対立を招き、大統領の移民規制権限が熱い話題となっている (sparked)。<sup>(65)</sup>

これは、権力分立の問題である。<sup>(66)</sup> 憲法問題としては、その前に州と連邦政府の間での移民権限はどう配分されるか、がある (全権論)。全権論は連邦議会の専権を認める絶対権論にも関連するので、連邦の政治部門間での配分にも影響している。

#### 1 連邦政府全権論

建国時、本質的に連邦の移民政策などなく、州が移民の入国をニューヨークなどの主要な港で規制していたところ、アジアからの移民に対する不安が連邦政府をして移民規制に乗り出させた。<sup>(67)</sup> 制憲者も国家政府を確立させることに熱心で、連邦に移民権限を認めるのには関心がなかった。<sup>(68)</sup> 学説では移民権限を連邦権限とすることには議論があり、<sup>(69)</sup> 憲法の条文でも制憲者が連邦権とする意図があったとの根拠は薄弱だけれども、<sup>(70)</sup> 連邦がこの領域を先



占し、立法を中心に移民政策を推進する連邦の全権論 (plenary power doctrine) は判例上確立している。移民の法と政策は連邦の権限であるとされるのである。<sup>(66)</sup> 議会 (Congress) は、いかなる外国人がアメリカで受け入れられるかのカテゴリーを決め、退去外国人を特定し、その手続を定める。<sup>(67)</sup> 全権論は排除 (exclusion) の論理にあり、領土の次元で入国を求める国外の外国人を排除するのと、国外追放を避けようとすることだけを求める在住の外国人を追放するのとを区別する。<sup>(68)</sup>

建国当初は州が移民を規制してきたが、中国移民の流入で反中国人感情が高まり、連邦議会は中国人排斥法を制定した。<sup>(69)</sup> 連邦政府にはこうした規制権限がないとして同法の違憲を訴えた事件で、最高裁は全員一致で、外国人を排斥する権限は連邦権であり、いかなる外国人を排斥するかは法的問題というよりも、司法になじまない政治的問題だと判示した。<sup>(70)</sup> アメリカ内外で非市民をどう定義するかは、議会にフリーハンドを実質的に与えたことになる。<sup>(71)</sup> 外国人を排斥する権力は国家主権に必然的に付随するとされる。<sup>(72)</sup>

一九世紀では移民権限は、権力分立ではなく連邦と州の関係が問題となり、その際、最高裁は国際法上の主権にかんする通説的な理解に大きく依拠して、移民権限が一元的に連邦にあるとした。<sup>(73)</sup> ただ、それが連邦政府内、とくに政治部門内において議会の絶対権だとするまでの理論ではない。<sup>(74)</sup>

憲法は連邦制を原理として、連邦の権限を列挙し、それ以外は州の権限として留保される (修正第一〇条)<sup>(75)</sup>。明文の規定がなくとも、連邦議会の権限規定である一条八節から導き出すことができ、連邦権は憲法上正当化される。<sup>(76)</sup> その際、帰化権限 (naturalization)、通商権限 (commerce)、九節一項の移住人及び輸入の条項 (migration and importation)、戦争権限 (八節二項) や侵略防衛条項 (四条四節)、なども言及されるが、どれも一義的な決め手に欠け、憲法上連邦議会の絶対的権限だとする明確な条項は見いだせない。<sup>(77)</sup> 他方で、全権論は連邦の移民政

策に司法審査を控えさせる機能もつ<sup>(87)</sup>。最高裁は、「どのような国民が考えられるかの連邦議会のいかなる立法権も、外国人の本国受け入れに堪んしてほど完全に認められるものではないことは、何度も強調してきた<sup>(79)</sup>」。議会の権限は「司法の統制を大きく免除される」こととなり、司法は介入を渋る論理となる。

連邦権限だとしても州が全く規制権限を持たないわけではない。ただ、それがどこまでかは憲法に規定がないので、明確ではない。二つの政府主体が移民に関わることは当然として、その守備範囲はケースバイケースということなのであろうか<sup>(81)</sup>。現実には州がそれぞれの移民法や政策を実施しており、こうした現実のギャップを目にしたとき、機能的効率的な政府間関係が検討される。全権論の移民連邦主義 (immigration federalism) は州や地方が「純粋 (pure)」移民法には一切関与しないこととなるも、連邦法の委任、連邦法がないときの固有の執行権限、移民に関連する法制定権を基に、州や自治体が管轄している。州が連邦を訴える事案が増えていることでわかるように、連邦の移民政策や権限、とくに移民法の不執行に州の不満が溜まっている。こうした傾向が九・一一以降顕著とされるのは、安全保障と移民の結び付きが公然となり、地域レベルの警察権が不可欠となつてい<sup>(84)</sup>ことがある。なお、移民に対する給付行政を積極的に展開している州が目立ち、連邦法による改革がない中で、移民のステイタスにかかわらず、高等教育、運転免許、健康保険、専門職免許などへのアクセスを広げている<sup>(85)</sup>。

司法審査の可能性は、より緩和する方向が打ち出され、全権論は衰退したとも指摘される<sup>(86)</sup>。しかし、九・一一以降、安全保障の観点から移民政策が実行されるようになると、移民の受け入れや送還には連邦に完全な権限があることを再確認するようになる<sup>(87)</sup>。学説では批判はあるものの、全権論は実務では根強い<sup>(88)</sup>。それは、憲法上の決め手は欠く<sup>(89)</sup>中、国家主権から導出されるとの観念を基本とする。

全権論は、連邦政府、とりわけ議会の移民権限を土台とする方向を打ち出すことになる<sup>(90)</sup>。経済的利益や国民感

情も手伝って、議会は外国人の流入にかんする改革を求めるロビイストや圧力団体、世論の渦に巻き込まれる牙城となった一方で、執行権との軋轢も生み、移民政策は議会と大統領の政治プロセスでの緊張や妥協の中で形成されてきた面がある。それはすでに中国人排斥法に関する *Chae* 事件にあって、大統領はバーリングゲーム条約の中国人尊重の約定にこだわり、かかる法や条約に反するおそれが生じ、清の皇帝や国家をないがしろにすることになりかねないと主張していた。対立が際立てば、権力分立の側面が表面化することになる。

全権論は移民権限の連邦議会独占を意味するけれども、対大統領（執行権）の関係では必ずしも妥当しないようである。その現れがチャダ判決であろう。<sup>(92)</sup> 執行権が国外追放の猶予を決定したことに議会が拒否権を行使したことは、両院制や議会提示（*Presentment*）条項に反するとして違憲と判断された。司法が関与し厳格な審査を行い、移民法の一院拒否権規定を違憲と判断したのは、全権論が、連邦政府の政治部門間にある議会の専権を一義的に意味するものではないことを示唆しているように思われる。

## 2 大統領の移民規制権限<sup>(93)</sup>

全権論は主に連邦制に関わり、一九世紀においては移民権限の憲法問題であった。二〇世紀、行政国家が飛躍的に発展し、議会の委任立法や行政裁量が拡大するにつれ、移民の規制権限にも、両政治部門にそれがどのように配分されるかが問われるようになる。コックス／ロドリゲズの整理では、実際、大統領は、固有の（*inherent*）執行権限の主張、議会の正式な委任（*formal delegation*）、事実上の委任（*de facto delegation*）の三つのチャンネルを通じて、核となる移民政策のスクリーニングに巨大な権限を保持してきている<sup>(94)</sup>。以下、この整理をたどってみることとする。前提となる認識は以下のようである。全権論に基づいて移民制度は立法でできている。その基本法は

マッカルン・ウォルター

McCarran-Walter 法として一九五二年に制定された INA であり、六五年、八六年、九〇年、九六年に大きな改正をしているが、根本は変わっていない。<sup>(96)</sup> 移民法は事実上、執行権に移民政策では多くの実質的決定権を委任している。<sup>(96)</sup>

全権論では連邦の政治部門に権限があるとするだけで、大統領と議会の関係は明確ではないし、オーブンにされたままである。<sup>(97)</sup> 大統領は憲法二条に基づきいくらかの移民権を持ち、同時に議会も同様だとするのが、判例であり、この混同 (confusion) は重要であるけれども、権力分立については一義的解決を与えていない。<sup>(98)</sup>

実務ではどうか。移民政策の展開における議会と大統領の機能的関係の問題である。二〇世紀、ブラセロプログラムは執行権の固有権論 (inherent power) を強固にさせた。第二次大戦期、農業などで人的資源の不足を賄うために、南米から議会の授權なくしてローズベルト大統領が移民を大量に受け入れた。彼自身、戦時の労働力不足に対応する移民政策を練り上げる相当な裁量が大統領にあると信じた。<sup>(99)</sup> 移民権限の憲法上の所在は不明確であるから、執行権が固有権論あるいは事実上の委任によって、入国や決定に基づく送還に相当な権力を歴史的に行使してきたといえる。<sup>(100)</sup>

一九七〇年代から九〇年代にかけて、ハイチやキューバからの難民流入に伴う危機に執行権は主たるリーダーシップをとり、何千ものそうした難民をアメリカに移民させた。その際、立法に根拠のない部分は固有権論を掲げるも、最終的には議会による委任 (delegation) に基づくとした。<sup>(101)</sup> これら移民対策を執行権が指導的に講じてきた法の根拠として、INA によって委任された、アメリカに危害を加えるのを防ぐための外国人の排除権と臨時入国 (parole) 許可権、そして執行権固有の外交権があげられる。<sup>(102)</sup> 執行権は大統領に広範な裁量を認める以下の INA 二二条 (9) を根拠として主張する。<sup>(103)</sup>

外国人もしくはある階層の外国人がアメリカに入国することでアメリカの利益に有害だと大統領が判断したときはいつでも、宣言によって、必要だと考える期間、移民としてもしくは非移民として、すべての外国人または階層の外国人の入国を中断し、または適切だと考えるいかなる制限も外国人の入国に課することができる。

臨時入国許可権も INA 二二条 (d) (5) に基づくとされる<sup>(14)</sup>。難民については、一九八〇年の難民法ができる前にケースバイケースで執行権は対応したし、キューバ難民については、クリントン大統領がカストロと交渉して合意 (agreement) に基づいて対応した。こうした一連のハイチ・キューバ危機では、委任された権限と外交政策権限と固有権限を複雑にミックスさせて、執行権が政策決定過程を支配した<sup>(15)</sup>。

固有権論と委任論の複雑な絡みが移民権限の様相で、移民法はその基本であるけれども、現実には多くの政策形成を以下の三つの原則で大統領に委ねている<sup>(16)</sup>。第一に、議会は、不法に入国したすべての人を送還できるとしたことで大統領に実質的な権限を委任している。一八七五年の Page Act (少年法) が最初の送還統制法とされるが、そこにその規定がある。INA も不法滞在者である非市民は送還されるところとしている<sup>(17)</sup>。第二に、こうした委任が拡大している。INA は不法滞在者だけでなく適法な入国者でも、売春した者などは送還できるところとしている。こうした法構造は、執行権に移民のサイズを決める裁量権を認めるものである<sup>(18)</sup>。第三に、執行の優先順位を決め、処分を決定する責のある移民官のスクリーニング (審査) の権限を強化するような移民法になっている<sup>(19)</sup>。具体的には移民判事の面前で送還から救済を与えうるか否かの制定法の範囲に習熟するのであって、起訴裁量は勢い、救済段階での移民判事の裁量となる<sup>(20)</sup>。これら三つの変化は、二一世紀の間に加速され、「今日、移民法はスクリーニングの権

限、もしくはわれわれが核となる移民政策と呼んできていることにかんする権限を、非対称的なやり方で大統領に委任している<sup>(13)</sup>。事実上、大統領は制定法が意図した以上に政策のオプションを持つようになっていて。その際、緊急事態におけるのと同じように、大統領は固有権を主張するようになっていて<sup>(12)</sup>。

さらに、行政国家と行政法の発展で、移民法においては特に無権限の移民の大量増加に直面して、議会は執行権の事後的適格審査 (ex post screening) に依拠するようになり、それは法に羈束された枠ではなく非対称の移民政策権限の委任となる<sup>(13)</sup>。事実上の委任 (de facto delegation) である。議会はなるほど、詳細な移民法の枠組みで法中心のシステムを構築し、大統領の核となる政策の形成権を奪ったようにみえる一方で、退去させる非市民の決定権を広範に大統領に委ねたのである<sup>(14)</sup>。こう考えると、移民法で権力分立の議論をすることは、大統領と議会の両政治部門が相互に関係しているとの考察に広げられなければならないとする<sup>(15)</sup>。

移民政策は法が中心のルール・ベースであるけれども、国外追放には現実には裁量部分も大きく、議会中心の絶対権との相互作用が実務である<sup>(16)</sup>。当該外国人を追放するか入国させるかは、執行権の、公益に資するかを判断を必須とする。移民政策には、入国許可、国外追放、帰化、帰化取消 (denaturalization) の四つの類型があるところ、帰化取消は執行裁量をともなったルールが支配する制裁である<sup>(17)</sup>。帰化もルール・ベースであるけれども、国外退去は複雑である。執行官は退去手続を開始させず退去の決定を執行しないなど、退去すべき外国人に裁量的救済を与える。入国は理論的にはルール・ベースであるけれども、実務では裁量的になっている<sup>(18)</sup>。

### 3 起訴裁量 (Prosecutorial discretion)

すでにみたように、オバマの拡大 DACA としつつの DHS のメモ (二〇一一年) は、DACA と同様に起訴裁量を軸

とする。ICEは、国外退去の手続を進めるかどうかの選択権をもち、送還手続を求めたり終結させたりできる柔軟な権限をもつということである。<sup>(19)</sup> さらに、二〇一四年一月二〇日のDHSのメモは優先順位を変更させ、三つのレベルを設けた。第一が、違法入国しようとする国境で逮捕された者、重罪人、「安全保障に危険」をもたらす者である。第二が、重大な軽罪（significant misdemeanor）（ドメスティック・バイオレンス、銃の不法所持など）もしくは三つ以上の軽罪を犯した者である。第三が、二〇一四年一月一日以降国外退去を含む送還の命令を受けた者である。

オバマの猶予計画は法の不執行を措置とするもので、大統領が憲法上そうしたことができるのが問題になる。TCCを額面通り読めば、議会の制定法を大統領は執行する義務があろう。オバマ側は先にみたように起訴裁量を根拠としてこれを正当化するのであって、この両者の緊張が生じる。<sup>(20)</sup>

まず、そもそもTCCに法不履行が一般に読み込めるかが考えられなければならない。TCCは、憲法によって国家政府に信託されている大きな利益を差し迫った危険から守るために、制定法が禁止していないあらゆる必要な手段をとる権利を大統領に認めたとも解されるが、<sup>(21)</sup> 憲法に規定がないので、法的な中身は明確ではない。違憲な法律はむしろ執行しない義務があるとも説かれる。<sup>(22)</sup> デラハンティ／ユーは、TCCは一般的に大統領の不執行権限を認めておらず、むしろ大統領にあらゆる状況で憲法上有効な議会のすべての法を執行する義務を課したと解釈し、歴史や判例を検証すればそうなるとした上で、ただ外交や安全保障の領域は公益追求者としての大統領が全面にでてこれが緩和され、また違憲な法律（大統領も固有の権限を侵す立法など）や議会が法律の執行に十分な予算をつけない場合、人権侵害の法律は執行義務をむしろ生じさせないと解すべきところ、オバマの猶予行動はそのいずれにも該当しないとす。<sup>(23)</sup>



これに対してプラカッシュは、大統領はTCCによって法律を執行しない権限が認められる場合があるとし、オバマのDREAM法の不履行は合憲であるとする<sup>(14)</sup>。同法は違憲な法律ではない（オバマ大統領は少なくともそう宣言したことはない）が、大統領に執行の広範な裁量を認めており（ユーも事実上の委任を移民法では認めている）、法は執行の具体的な指針を詳細に述べておらず（手に取るようにわかる基準（tangible standard）を欠くから違憲との主張は可能）、その展開のための法も制定しておらないし、また執行のための十分な予算もつけているともいえないことを考えると、オバマの不執行はTCCの容認するところだとする。

ただこの議論は移民法に特化することなく、憲法上の権力分立の問題として違憲な法律を大統領は無視できるか、執行しないでよいのか、さらに執行すべきではないのかの一般的な問題でもあつて、<sup>(15)</sup> 大統領の移民権限にこだわるものではない。

では移民法に特化するとどうか。オバマの猶予計画、つまり不履行を大統領の裁量だとして擁護する主張がある（モトムラ・ヒロシ<sup>(16)</sup>）。「特定の術語で猶予行動を画定させる制定法も規則もないけれども、最高裁は、執行の手続を起こすあるいは終結させる決定は執行権のうちにあることを明確にしている。移民のコンテキストでは、執行府は、少なくとも一九七一年来、猶予行動を認める包括的な執行権限を行使している」。モトムラは、非市民をアメリカから排除する場合はすべて、裁量に基づく一連の複雑な選択だとし、そうした裁量には、特定の個人に対して移民法を執行するかしないかの決定に関わるミクロレヴェルと、ICE内の執行の決定の指針となる要因を記したモートン・メモのような、組織の執行の優先順位や資源導入にかんするマクロレヴェルの、二つがあると<sup>(17)</sup>する。この二つの裁量が移民執行裁量であり、立法から個々の事例の結果までの意思決定にあつて、法制定、執行機関（国境警備を含む）による逮捕、起訴、主に移民判事による判決、最終的決定処分（outcome）、の五つの異なった段

階からなる。<sup>(18)</sup>

そして大統領は、DACAで利用できる救済に類する、国外追放からの暫定的救済に相当数の無権限の移民を充てる法的権限をもっているとする。<sup>(19)</sup> 第一に、大統領のこの行政救済の政策は移民法を変更するものではなく、暫定的な措置に過ぎない。第二に、起訴裁量と同様に、大統領は移民法を執行する究極の責務を負っていて、移民法違反者を国外追放その他の処分にするかどうか、いつするかなどには裁量を有しており、移民法の執行は必然的に選択的 (selective) である。第三に、大統領は起訴裁量の行使において、法の支配を尊重するために執行の優先順位を判断する裁量的決定は、統一的で予見可能性のある非差別的なものであることを確証させなければならない。

#### 4 テキサス事件の本質

テキサス事件は、連邦政府（大統領）が移民法を執行しないことで州にしわ寄せが来たことが発端になっている。大統領に移民権限があれば、DACAあるいはDAPAはその範囲内とされて違憲にはならないから、大統領の移民権限を憲法的に明確にする必要がある。ただ本件は連邦法の不履行であり、また全権論から移民政策領域は連邦議会が制定法で枠組みを作り、細部あるいは核となる部分も大統領に委ねる展開となっていることを考えると、こうした問題設定ははたして射的を射ているのか。TCCに黙示的な大統領権限を推定させる機能があるかは定かでないけれども、本件でそこまで大きな判断をせず、大統領に移民法を執行しない裁量が認められるかの問題として、制定法解釈で議論されるかもしれない。<sup>(20)</sup>

本件で連邦政府は、<sup>(21)</sup> 議会は迅速な退去手続を要しない広範な外国人層を決定する「強大な権限」をDHS長官に委任したのであり、議会に猶予行動を禁じた意図はなく、指針作成など裁量行為は司法審査を免れさせる趣旨であ

ると、議会の意思を解釈する。全権論を前提としたうえで、議会は退去手続のイニシアティブに広範な執行裁量を執行権に認めたとして、大統領の固有権論ではなく、委任の立場をとる。大統領に固有の移民権限は、声高に主張していない。

いずれにせよ、移民法の領域では大統領の裁量が広く認められ、移民法が安全保障と密接な関係を有しており、移民法の具体的な解釈や適用を行うとき、現実の安全保障の要素を斟酌することが不可欠であることがわかる。このことは、大統領に移民政策の形成から実行まで広い裁量が認められるとの主張を支えるように思える。以下、移民法と安全保障の密接な関係を一瞥しておく。

## 四 安全保障としての移民法

### 1 移民政策の影響<sup>⑫</sup>

移民は第一に、国内の経済にダイレクトな影響を持つ。なによりも国内経済の基盤となる労働力を供給する。エコノミストの常識として、労働力の増加は最低限のインフレをとまって緩やかな経済成長を生んで、国内経済に恩恵となる。一方で、移民労働者の流入は社会的政治的問題も惹起し、政策がこうした恩恵をもたらすよう効果的に形成、実行されているかは議論となる。歴史的には、制限的でない移民法は使用者やビジネスに正の効果を及ぼし、移民も自国より高賃金にありつけるうまみがある。「移民のコストと利益を総合して斟酌すると、移民の利益はそのコストを凌駕していることが分かる」（ブッシュ43二〇〇五年経済報告書）。現在の制限的な移民法で、無査証移民が具体的な経済効果をもたらしているともいわれる。もっとも、移民の経済効果を具体的に認識することは

容易ではない。<sup>(13)</sup> いわく、「どの制定法も規則も、特定の術語で猶予行動を画定していないけれども、最高裁は、執行手続を起こしあるいは終結させる決定は執行権が行うことを明らかにした。移民のコンテキストでは、執行権はすくなくとも一九七一年来、猶予行動を認める包括的な執行権限を行使してきた」。

では移民のコストはどうか。国内の既存労働者に対して賃金が下方修正されるのではないか、低賃金労働者の少数市民に競争激化とか失職の懸念とか負の効果を生むのではないか、経済的不平等が進展するのではないか、貧しいあるいは不法の移民のフリーライダーの懸念があり、社会的公的資源を食い尽くすのではないか、というものである。その補填を州が負担することへの疑念が先に見た訴訟の背景にある。

第二に社会文化的影響がある。アメリカは、共產主義者など好ましくない集団が入国するのを拒否してきた。一九五二年の INA にある「違法外国人 (illegal aliens)」は悪いイメージを植えつけ、人種差別や国粹主義 (Nativism) に影響を与えてきた。移民はこうしたイズムからんで熱い公的議論になる。安全保障の懸念もある。特に九・一一以降、イスラムやアラブの移民集団は偏見や監視の的にされ、メキシコや中米の移民の送還も同様であり、メキシコ国境は安全保障上の関心となった。

第三に犯罪である。多くがメキシコ中米からである「犯罪外国人 (criminal aliens)」は、一九九六年以降急増している。合法的な移民は罪を犯す傾向がさほどなく、土着のアメリカ人や初期の移民よりも犯罪に関わらないといわれている。一九九六年の移民改革は犯罪非アメリカ人を最優先事項とし、刑事犯ゆえの強制送還を確立させた。

第四に環境への影響もいわれる。制限主義者は、多くの移民は人口過多を招来するという。これは定期的に提起され、今後もしわれることであろう。

移民政策は、外国人をアメリカ社会にどう受け入れ国家との関係をどうするかの問題であるから、国内問題の側

面は強い。しかし、アメリカの社会さらに安全に危険をもたらす外国人は受け入れられないのであるから、移民の影響を脅威という側面からみると、安全保障に関係してくる。移民は安全保障の問題である。

## 2 移民と安全保障

国際法は国家の安全保障に配慮した移民政策を前提としているといえる。難民条約は、「難民が人種、宗教、国籍もしくは特定の社会集団の構成員であること又は政治的意見のためにその生命又は自由が脅威にさらされるおそれのある領域の国境へ追放し又は送還する」ことを国家に禁じている（三三条一項。ノン・ルフールマン原則）。しかし、国内に居る難民のうち、その「国の安全にとって危険であると認めるに足りる相当な理由があるもの又は特に重大な犯罪について有罪の判決が確定し（その国の）社会にとって危険の存在となったもの」には適用されない（二項<sup>(14)</sup>）。

移民権限を連邦の全権とみる立場は、安全保障と移民が不可分の関係にあることを前提としている。全権論を打ち出した *Cline* 事件<sup>(15)</sup> で *Field* 判事はこれを指摘しており、国家の最高次の義務は外交と安全保障のための移民統制であり、侵略軍を排除するにとどまるものではないとしている<sup>(16)</sup>。そして、他の主権国の市民とアメリカの相互関係にかかわるから、外交の利益と安全保障の利益という、本質的に国家的とされる二つの利益に移民を関連付ける<sup>(17)</sup>。これらは統一的政策と実施が不可欠であるから、移民は連邦の排他的権限となるとの論法である<sup>(18)</sup>。

この認識は九・一一以降強化される。今日アメリカにおける移民の議論は、個人の人權対安全保障の枠で議論されるけれども、九・一一を契機にアメリカの移民制度は包括的な安全保障計画に統合されるように求められる<sup>(19)</sup>。九・一一の実行犯が有効なビザで入国し、そのままアメリカに在留して航空技術などを取得したことに象徴される

ように、ハイジャックは偽造の旅券とビザで実行されることが多く、これを防ぐ移民法が対テロの有効な道具として機能すべきと考えられるようになる<sup>(13)</sup>。安全保障の要素が移民の領域に大きくもたれかかると、執行権の裁量の幅も大きくなってくる<sup>(14)</sup>。

構造的には議会が立法によって移民政策の基本的な枠を決め、明文でもしくは黙示的に、執行の仕方は執行権に委ねる形が少なくない。もともと、対テロや安全保障となれば、大統領の固有の権限だと解して立法の根拠を気にしないことになる。九・一一は対テロの中で移民法や政策を厳しく変化させたが、根本は議会が、軍事的手法を含むあらゆる対テロの手段をとりうることを大統領に授権した議決 (AUMF) にある<sup>(14)</sup>。これを受けて、ブッシュ43は十一月二三日、対テロ戦争での一定の非市民の拘禁、処遇、予審と題する軍事命令を出し、アルカイダ関係の非市民の拘禁を授権している。法務長官アシュクロフトは、テロ関係者への捜査手段を広く認めるよう、FBIに指示している。こうした議会あるいは執行権の指示は、いくつかの適及的行動を執行機関にもたらした。DHS長官リッジ (Tom Ridge) は二〇〇三年四月二九日、アメリカ入国者及び移民の地位表示システム (U.S. Visitor and Immigration Status Indication Technology (US VISIT) System) を、安全保障出入国登録システム (National Security Entry-Exit registration System) と、違法移民改革移民責任法 (Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act (IIRAIRA)) に根拠をもつ学生交換訪問者情報プログラム (Student and Exchange Visitor Information Program (SEVIS)) に統合させて、中央集権化されたデータ統合システムを確立させた。また、法務省による何千もの潜在的テロの情報を持っているような非市民に対する任意のインタビュー制度も実施されている。愛国者法は INA を対テロ強化の方向で改正された。

移民政策が安全保障の観点から実行されるのは九・一一を待つ話ではなく、建国以来のことであり、INA も安

全保障を基にして移民に対する規制を設けている。アメリカの安全保障を脅かす外国人はそもそもアメリカ社会にいてはならないから、まず入国を認めるかの次元で制限が加えられる。次に移民も含めて在留が認められても、犯罪歴などに加えて安全保障上好ましくない者には退去や送還が講じられる。INAは、「アメリカの福祉、安全、安全保障に危険をもたらす、もしくは公益に危険を害するような活動に従事する」ために入国する外国人を包括的に規制し、共産黨員や全体主義者などをそこに含ませていたところ、一九九〇年に初めて、冷戦後の外交を踏まえて具体的な安全保障に、より突っ込んだ改正をした。<sup>(143)</sup>それはテロ活動従事者やテロ組織人を明示的に規制したことである。さらにそうした外国人あるいは移民の送還手続において、諜報による情報を広く開示することなく進行させるようになっていく。

連邦政府に限ってみても、移民法の執行には実に多くの機関が携わっている。<sup>(144)</sup> 国務省は海外からの難民や移民あるいは非移民のビザを発給し、労働省は移民労働者の許可や労働ビザの手続を担当する。中心となるのはINAを主に執行するINSである。二〇〇三年まで法務省内にあったが、DHSに移転されている。DHS内にはさらに、主に便益支給の市民移民局 (U.S. Citizenship & Immigration Services)、移民権限執行の移民関税執行部 (Immigration & Customs Enforcement (ICE))、国境警備入国審査の税関国境保護局 (Customs & Border Protection) の三つの移民の機関が創設されている。

国境警備 (border control) は重要な責務で、INSは、法務省の外局から移動し、九・一一後創設されたDHSに組み込まれた。「DHSの諸機関が国家の移民法の執行に主たる役割を果たす」<sup>(145)</sup>。移民制度はマクロで見れば、議会の立法や大統領の政策形成の中身やプロセスが中心となる。国境警備は、テロ監視というよりも違法な移民の流入阻止などの警察責務である。<sup>(146)</sup> ミクロでみれば、INSやFBI、その他連邦の移民関連機関を含む安全保障のエージェ



ントによる常時緊張した判断であり、国境警備にあるといえる。そこでは法の細かい規定ではなく、諜報がその決定を支配する。

概して、移民法はアメリカに在留あるいは市民権を得るのにふさわしい人は誰か、そうであつて欲しくない外国人はどのようなたぐいの人かを決める国家政策である。後者のカテゴリーには犯罪者が列記されようが、最大の関心は特に九・一一以降、テロ関係者であり、すなわち安全保障の脅威になる外国人はお断りとするものである。INAはスパイ活動 (espionage)、破壊活動 (sabotage) などの安全保障のスタンダードな脅威に従事する外国人の退去 (removal) を義務付けているだけでなく、テロ活動 (terrorist activity) も removal の対象にしている。<sup>(147)</sup>

移民権限について憲法に明文の規定がなく、移民は安全保障の問題との認識を基軸とすれば、大統領に広範な規制権限が認められる余地が出てこよう。移民の安全保障の側面に着目することで、移民権限に関する権力分立問題にアプローチできそうである。テキサス事件で問題となった連邦執行権による法の不履行も、大統領権限で基礎づけることにより、正当化されよう。

## 五 むすびにかえて

アメリカ建国時、新世界を求めた移民はアメリカ市民になることで土地所有権を確保しようとしたけれども、今日、もはやそうした動機は影を潜め、より経済性のある労働や教育の機会を求めるなど、移民は多様で流動的である。<sup>(148)</sup> 移民法はすべてを語らず、違法な移民の意味（無査証の移民は違法なのかなど）、州や地方の役割、社会にどう統合していくか、そして執行権の裁量の範囲や固有の権限など、<sup>(149)</sup> 移民が安全保障の問題であると強く認識さ

れる今日、移民の法や政策はこうした論点に柔軟かつ迅速に対応していかなければならない<sup>(30)</sup>。移民権限を有する一義的機関が議会なのか大統領なのかは、憲法上明確ではない。テキサス事件で最高裁がどこまで判断をするのか注目される。

(1) アメリカ移民法の本質は、それが「連邦議会の政治的機能の範囲内において決定されるべきものであるから、…政治的問題である」。川原謙一『アメリカ移民法』(有斐閣、一九九〇年)三八頁。

(2) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 609(1889) (Field, J., delivering). 「アメリカは、外国とその臣民あるいは市民との関係において一つの国家であり、独立国に属する権限と、全領土にわたる絶対的独立と安全のために付随するその行使権を付与されている。…その独立を維持するために外国の侵略や侵入から安全を確保することは、すべての国家の最高の義務であり、これらの目的達成に他のすべての考慮は服さなければならない。そうした侵略や侵入がいかなる形でやってくるか、国家の様相をまとして外国が行動するのか、それともその国の人民が大挙して広範に押しかけてくるのかは、問題ではない」。 *Id.* at 604, 606.

(3) *Bo Cooper and Margaret D. Stock, Immigration Policy and National Security Law in National Security Law and Policy* 1265 (John Norton Moore, Guy B. Roberts, and Robert Turner eds., 3<sup>rd</sup> ed. 2015). ARTHUR L. RIZER III, THE NATIONAL SECURITY IMPLICATIONS OF IMMIGRATION LAW (2012). 「安全保障はこの国の立ち上がりから移民法の固有の側面である」。 *Id.* at 1.

(4) ダナ・R・ガバッチア／一政(野村) 史織訳『移民からみるアメリカ外交史』(白水社、二〇一五年)。「移民を純粹に国内のみの問題とみなすような法律は、うまくいきそうにない。なぜなら、移民とは、大きな影響力を持ち、継続的で、かつ争点となるようなアメリカと他地域との関係を意味するからだ」。同上、九頁。ところで、本来、難民(refugee)と移民(immigrant)は法的にも区別されるし、また一時滞在と帰化でも同様であるが、両者とも外国人を自国に住ませる点で共通しており、そうした外国人を広く移民と本稿では捉えておく。移民国籍法(Immigration and Nationality Act) 一〇一条では、外国人(alien)をアメリカ国籍でない人と定義し、一五種類の外国人を除く外国人を移民(immigrant)としている。8 U.S.C. §101(a)(3), §101(a)(15)(A)-(O). 現代の移民法では通常、労働移民(labor-based immigrant)、家族移民(family-based immigrant)、難民認定(refugee admissions)の三つのカテゴリーに分けられる。本稿で移民とは主に前二者を想定する。

(5) *Cooper and Stock, supra* note 3 at 1268-1272. この段落の記述はこれに基づく。

- (6) アメリカに移民する原因は、伝統的に押し要因 (push factors) と引き要因 (pull factors) で説明される。KEVIN R. JOHNSON, RAQUEL AIDANA, BILL ONG HING, LETITIA M. SAUCEDO AND ENID TRICIOS-HAYNES, UNDERSTANDING IMMIGRATION LAW 11-15(2<sup>nd</sup> ed. 2015). 実に、「異国間での関係する経済的、社会的、政治的条件を基とするダイナミックなプロセス」である。経済では、貧困や制限された経済的機會が押し要因であり、労働需要が引き要因である。押し要因として家族の再会があり、またアメリカの外交政策に一貫する移住のプレッシャーがあるとする。
- (7) 「文字通り、「われわれは」誰かを決定することだからである」。Hiroshi Motomura, *Immigration outside the Law*, 108 COLUM. L. REV. 2037, 2097(2008).
- (8) Stephen H. Legomsky, *The Making of United States Refugee Policy: Separation of Powers in the Post-Cold War Era*, 70 WASH. L. REV. 675, 675-76(1995).
- (9) 一八七五年以前の移民法を無視してきたことが、今日の大統領と議会の間の移民規制権限配分の曖昧さを促進させていると指摘される。Neuman, *infra* note 17 at 1840.
- (10) 移民の語はないけれども、外国人を明確に差別した規定がある。それは、「出生によるアメリカ市民、またはこの憲法が制定された時にアメリカ市民でない者は、大統領職の資格をもたない」との規定(アメリカ憲法「二条一節五項」)である。R・ポストは最悪の憲法規定と評している。Robert Post, *What Is the Constitution's Worst Provision?* 121 CONST. COMMENT. 191(1995). 外国人がアメリカ市民権を得ることを想定するも、生まれながらのアメリカ人でない者の権利に区別を設けている。「市民権 (citizenship) は政治社会の会員証 (membership) であり、会員の一部分としての忠誠義務と社会の一部としての保護義務を暗に含む。これらは他者の補填として互恵的な義務である。われわれの憲法では、帰化した (naturalized) 市民は、大統領職の資格を除いて、全ての面でネイティブの市民と同じ地位に立つ」。Lucia v. United States, 231 U.S. 9, 22(1913)(Devanter, J. delivering). ただ、制憲時において帰化によるのを含むアメリカ市民は大統領職の資格を持つことになり、制憲時、外国人がアメリカ市民になる制度が存在していたのを暗示する。この点、カナダ憲法(一八六七年憲法・英領北アメリカ法)は、明文で移民に関する州の法制定権を認めている。ただし、連邦にも移民法制定権を認めており、州法はこれに反しない限りで効力を有するとしている(九五条)。市民権や入国の権利は純粋に国家的事項であるとの認識が背景にある。W.P.M. KENNEDY, THE CONSTITUTION OF CANADA: THE INTRODUCTION TO ITS DEVELOPMENT AND LAW 434(1922).
- (11) *In Immigration Case, Supreme Court Takes an Interest in 'Take Care' Clause*, THE WALL ST. J., Jan. 16, 2016.
- (12) 809 F.3d 134(5<sup>th</sup> Cir. 2015). 2015 U.S. App. LEXIS 19725, at \*1.
- (13) KATE M. MANUEL, STATE CHALLENGES TO FEDERAL ENFORCEMENT OF IMMIGRATION LAW: HISTORICAL PRECEDENTS AND PENDING LITIGATION

IN TEXAS V. UNITED STATES, CRS REP. R43839, Jan. 27, 2016.

- (14) 二〇一五年、最高裁は外国の国家承認権は大統領の排他的権限だとする判決を下している。Zivotofsky v. Kerry, 135 S. Ct. 2076(2015). 本件について、富井幸雄「アメリカ憲法における国家承認権限の所在—ジヴォトフスキー事件を素材として」法学会雑誌五六巻一号二八九頁、二〇一五年、参照。

- (15) JOHNSON ET ALs., *supra* note 6 at 110. DACAは合法的な移民の地位を付与するものではなく、執行権の「起訴裁量 (prosecutorial discretion) を行使する」ものである。DACAは二〇一二年六月、DHS長官が発表したもので、児童期（一六歳まで）に渡米し、以降在留していつ、二〇一二年六月一日時点で三一歳未満で、殺人やその他一定の重罪などを犯していない、その時点で合法移民でない者に対して、更新可の二年間の、勤労が可能ななどの法的権利を認め、国外退去を猶予する計画である。www.uscis.gov/humanitarian/consideration

- (16) 本節は以下による。JOHNSON ET ALs., *supra* note 6 at Ch.2. なお、川原、前掲（一）書、第一章、参照。なお、移民法の歴史が外国人と市民権 (citizenship) を鮮明にする面から記述するものとして、KUNAL L. PARKER, MAKING FOREIGNERS: IMMIGRATION AND CITIZENSHIP LAW IN AMERICA, 1600-2000(2015).

- (17) 現代アメリカの連邦移民法が一八七五年に始まるとするのには、学者の間で争いがある。James E. Plander and Theresa R. Warton, *Reclaiming the Immigration Constitution of the Early Republic: Prospectivity, Uniformity, and Transparency*, 96 VA. L. REV. 359, 359-60(2010). 移民法が連邦法に推移したのである。南北戦争で奴隷制が廃止され、アメリカ市民と国家政府の明確な卓越は人の移動を連邦が規制するのを認めるようになり、それと同時に中国移民の問題が清政府と連邦政府の交渉によるところとなったことが背景にある。Motomura, *supra* note 7 at 2056-2057. 一九九〇年、連邦議会は帰化市民を「自由白人」に限定し、有色外国人を排除した。Plander and Warton, *supra* note 17 at 368. 一八七五年以前の移民法について、Gerald L. Neuman, *The Last Century of American Immigration Law* (1776-1875), 93 COLUM. L. REV. 1833(1993). この時期の州の移民法は、主に犯罪人移住の規制、公的賦課を負う人の規制、病氣拡大の防止、奴隷関連政策、船員法の五類型である。Id. at 1883.

- (18) Plander and Warton, *supra* note 17 at 371-372.

- (19) The FEDERALIST No. 42, at 269-271 (James Madison)(Clinton Rossiter ed., 1961).

- (20) Plander and Warton, *supra* note 17 at 385. 帰化条項は、統一性の要請と、比較的安定した帰化制度を議会が構築すべきとの要請に基づいて、市民権を求める人の利益を確保するように運用される。Id. at 393. 憲法の制定は、アメリカ全体に単一の統一された帰化のルールを議会が確立するとの前提を推進させた。Id. at 423. これは、後述する連邦議会の絶対論の伏線になる。建国初期の一七九〇年代にあって、憲法上連邦議会ほどの外国人をアメリカ市民とするか、自由に決められるけれども

ども、手続的適法性になかった立法権限の行使が求められた。憲法は議会に、透明性と統一性と予見性 (prospectivity) を満たした権限行使を求めたのである。 *Id.* at 364.

- (21) JOHNSON ET AL., *supra* note 6 at 62. 南欧や東欧からの移民に対しては、国家的出自を割り当てる制度 (national origins quota system) が二〇世紀前半に確立した。 *Id.* at 62-64.

- (22) ホモセクシユアルの外国人は同法の「精神異常人格者 (psychopathic personality)」にあたり、議会の意図は明確で、最高裁も合憲と支持している。 *Id.* at 67.

- (23) 不法移民 (illegal immigrant) は「一般的用語で、INA はこれを使っていない。INA に定義規定はないけれども、undocumented は文字通り有効な移民の査証をもっていないということ」で、unauthorized と同義である。その起源はブラセロ計画 (Bracero Program) で、大量のメキシコ人を暫定の労働力として入国させたことにもさる。STEPHEN H. LEGONSKY AND CRISTINA M. RODRIGUEZ, *IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY* 1141 (5<sup>th</sup> ed. 2009).

- (24) *Id.* at 85.

- (25) *Id.* at 90. 結果、右からも左からも (移民政策に関する) 強い批判を浴びている。 *Id.* at 91.

- (26) FAQ: Administrative Immigration Relief 2014<sup>15</sup> Immigration Enforcement, National Immigration Law Center, [www.nilc.org](http://www.nilc.org) ただし、「実証的な安全保障への危険」をもたらす人物には ICE は拘禁をなす。

- (27) Cal. Gov. Code, §§ 7282, 7282.5.

- (28) 大統領が気に入らない制定法を執行しないために起訴裁量を国内政策で好んで使うのは新しいことで、オバマは、移民法の領域で最もアグレッシブに援用している。Robert J. Delahunty and John C. Yoo, *Dream On: The Obama Administration's Nonenforcement of Immigration Laws, the DREAM Act, and the Take Care Clause*, 91 Tex. L. Rev. 781, 783 (2013). 起訴裁量が権力分立の観点から大統領専権で司法審査を免れるとか、TCC から導かれるとかの議論がある。Rebecca Krauss, *The Theory of Prosecutorial Discretion in Federal Law: Origins and Developments*, 6 SETON HALL CIR. REV. 1, 13-24 (2009). このペーパーは起訴裁量がイングランドの私的訴追制度に端を発するとしている。

- (29) JOHNSON ET AL., *supra* note 6 at 488-90.

- (30) 移民の法や政策、そしてそれらの執行に憲法上の制約が及ぶかは微妙で、外国人や移民の憲法上の人権や憲法の国外適用が問題となる。肯定する者として、GERALD L. NEUMAN, STRANGERS TO THE CONSTITUTION: IMMIGRANTS, BORDERS, AND FUNDAMENTAL LAW (1996).

- (31) 違法な入国者や移民、そして犯罪者は、アメリカに入れない。8 U.S.C. § 1182(a)(6). また、自らの移民の地位や入国

条件に違反する外国人は国外退去となる。8 U.S.C. § 1227(a)(1). 国外退去 (removal) といっても、法的には exclusion と deportation があり、前者は入国拒否で後者は在留外国人の国外退去の意味であるけれども、人がそもそも在留することが許されなかったのにアメリカに居ることがあり、それが退去となることもあるので、本稿では removal で両方をイメージさせる。Rizer III, *supra* note 3 at 52 n.6. 違法在留 (unlawful presence) には、違法に入国あるいは滞在している者と、無査証だが家族（特に子供）や労働の関係でアメリカ市民と関係を持っている者などがあり、そうした者には裁量的救済で退去がなされない場合がある。違法とか無権限とかいっても地位はさまざまで、また退去の是非にさじ加減があるなど、「ばんやりした制定法 (twilight statute)」といわれ、法が移民を一義的に規制しているとは言い難い。Motonura, *supra* note 7 at 2048.

(32) MANUEL, *supra* note 13 at 1.

(33) *Id.* at 2-7. こうした傾向の先駆けは一九九四年に、無査証の移民に公的扶助を否定することで移民規制を実行させる Proposition 187 をカリフォルニア州民が採択したときに、連邦地裁がその措置のほとんどを連邦法が先占しているとして無効としたことにある。JOHNSON ET AL., *supra* note 6 at 127-128.

(34) *See, e.g., State v. New Jersey*, 91 F.3d 463, 467 (3d Cir. 1996). ニュージャージー州が違法移民を教育することなどで生じた州の費用の補填を連邦政府に求めた。この事件では修正第一〇条、帰化条項、収用条項、侵略条項、州主権の侵害が憲法問題となったが、政治的問題だとして原審を認めた。

(35) *See, e.g., id.* at 467. もっとも、最高裁は移民規制権を含む連邦政府の全権 (plenary powers) を、それを行使することで州に弁済させること (reimbursement) になるとして、認めている。Padavan v. United States, 82 F.3d 23, 26-27 (2d Cir. 1996). ニューヨーク州議会上院議員七人が、違法適法、両方の移民の教育や社会福祉などの費用の補填を連邦に求めた事件である。

(36) *See, e.g., Texas v. United States*, 106 F.3d 661 (5<sup>th</sup> Cir. 1997). テキサス州が州の無査証の移民の教育、医療、刑事司法の費用の拠出の差し止めと宣言的判決を求めた訴訟である。

(37) *See, e.g., id.* at 666. 移民関連の費用の弁済を連邦に求めた第二、第九、第一一控訴裁判所も、共和政体保障条項違反は司法判断に適しなかつ (unjusticiable) としている。 *Id.*

(38) *See, e.g., California v. United States*, 104 F.3d 1086, 1091 (9<sup>th</sup> Cir. 1997). 違法な移民の入国を止められず、またその費用を州に負担させているのは侵略条項に反するなどとして訴えたが、違憲の主張は認められず、また行政裁量として司法審査できないとする主張もあったとした。

(39) *See, e.g., id.* at 1092-93.

(40) MANUEL, *supra* note 13 at 6-7. 制定法が「するものとする (shall)」としているのを、義務付けとまでは解されないとする。



法は、法務長官は有罪の決定日からできるだけ早期になんらかの退去手続を開始するものとする (shall) としているところ、期間の具体的な明示がないなどとして、広い裁量を認める解釈をした。<sup>104 F.3d, at 1094-1095.</sup> また、六つの事件のうち三事件で、連邦が法を執行しないのは放棄 (abdication) ではなくて「留意した」。<sup>104 F.3d, at 1094; 106 F.3d, at 667; Chiles v. United States, 69 F.3d 1094, at 1096 n.5(1)<sup>th</sup> Cir. 1995.</sup> 最高裁は、一九八五年に、法執行しない行政機関の決定は、法によって認められた行政裁量内にあり、行政機関が明白に制定法の責任を放棄しているとみられる極端な場合を除いて、APA 下では司法審査を免れると判断している (Heckler v. Chaney, 470 U.S. 821 (1985))。これらの事件ではその例外にはあたらないとした。

(41) United States v. Arizona, 641 F.3d 339 (9<sup>th</sup> Cir. 2011).

(42) Arizona v. United States, 567 U.S. \_\_\_\_ (2012) (Kennedy J., delivering). 連邦制にあって、州は連邦議会の憲法上の権限管轄事項にコミットしたり、連邦法に抵触したりする事項は先占であるとした上で、これを SCAAP に当てはめる。スカリア (アリト一部同調) の一部反対意見は、アリゾナはもともと領域から排除する主権を持っており、憲法が明文でこれを禁じていない以上、排除権 (power to exclude) は州の主権のコアであり、問題となっているアリゾナ法は連邦法に抵触しないように合憲限定解釈せざるを得ずとする。<sup>Id.</sup> Scalia, J., dissenting in part.

(43) Crane v. Napolitano, 920 F.Supp. 2d 724 (N.D. Tex. 2013). <sup>ナポリターノ</sup> Napolitano は DHS の長官であり、DACA の執行を猶予する、「子供としてアメリカに来た個人に対して起訴裁量を行使する」通達を出したことが、本件の発端となっている。これが送還手続を始めるよう要求している連邦法に反しているとの訴えに加えて、議会の立法権や大統領の法誠実執行義務を問題にした。ただこの判決は、連邦政府が却下の申し立て (Motion to Dismiss) を提起したことに対して、一部容認、一部却下の判断をしたものである。

(44) Crane v. Napolitano, 2013 U.S. Dist. LEXIS 57788, at \*27-\*39.

(45) Crane v. Johnson, 783 F.3d 244, 2015 U.S. App. LEXIS 5573.

(46) Crane v. Napolitano, 2013 U.S. Dist. LEXIS 187005 (N.D. Tex., July 31, 2013), 920 F. Supp. 2d, at 745-46. 本件通達や ICE 長官のメモによって、ミシシッピ州の違法移民が存在することに関連するコストが増加するとの具体的な証拠がないとした。これは控訴審でも支持された。<sup>Crane v. Johnson, 783 F.3d 244, 2015 U.S. App. LEXIS 5573, at \*15-\*18.</sup>

(47) 二〇一二年に DHS 長官が DACA を執行し、DACA のメモでは、長官が起訴裁量 (prosecutorial discretion) を行使して、どのように一定の若者に対して移民法を執行するかを決めるとした。すくなくともバックグラウンドチェックがケースバイケースでなされていなければその申請人も猶予を受けず、市民移民局が労働許可を決定するとした。このメモはいかなる実



体的権利も付与するものではないとしている。二〇一四年、一二〇万人が DACA の対象となり、うち約六三万六千の申請が認められた。 *Id.* at \*10-\*11.

(48) 86 F. Supp. 3d 591 (S.D. Tex. 2015). DAPA が APA の手続の要請に服するとの州の主張は成功する可能性があるとした。

(49) *Texas v. United States*, 787 F.3d 733 (5<sup>th</sup> Cir. 2015). 連邦政府は、州が保護を求める利益が INA の利益圏 (zone of interests) の圏外にあるとの堅実な証明をしない。 *Id.* at 754. なお、 *Higginson* 判事は、本件は政治的問題で連邦の政治部門間で解決されるべきだとして、反対意見を述べている。 *Id.* at 769-784. 憲法上の拘束や極度のやむを得ない状況がなければ、行政機関が自由に自身のルールや手続を設けるべきであり、本件のような移民の問題で裁判所が判断すれば、修正も含む政治部門間の対話や政策を踏まえた議論に投げられることになるが、それは議会が予算を決め執行権が議会の強制制度をにらみながら、執行の優先順位を画定して行くものであるとする。 *Id.* at 775-76.

(50) 2015 U.S. App. LEXIS 19725, at \*21-\*54.

(51) *Id.* at \*55-\*74.

(52) *Id.* at \*74-\*95.

(53) 2015 U.S. App. LEXIS 19725, \*10 n.3.

(54) MANUEL, *supra* note 13 at 19.

(55) *Petition for Writ of Certiorari, United States v. Texas*, 2016 U.S. LEXIS 841 (Jan. 19, 2016). 本案前の主張は以下のとおりである。国外退去プロセスは州固有の主権にかかわるものでなく、政策の受益者である外国人の反射的利益でも連邦の移民政策を争う原告適格はなく、移民政策は連邦と外国人の関係に帰結するものである。 *Id.* at \*14-\*15. INA に連邦の移民政策を争う州の手続的権利を認めたものはなく、本件は連邦機関の裁量行為を州が攻撃しているものである。 *Id.* at \*16-\*20.

(56) *United States v. Texas*, 2016 U.S. LEXIS 841 (Jan. 19, 2016). 法務省は、州が自らの政策と異なる連邦政府をいつでも訴えることが認められるなら、最高裁が連邦に全権を認めた移民法の執行に不具合が生じると主張した。

(57) 二〇一六年開廷期の四月一八日に口頭弁論が行われ、会期終了の六月までに判決が下されることになっている。なお本稿執筆中の二月一四日、三〇年勤めた現職の最高裁判事スカリアが急逝しており、八人のコートでどのような判断が下されるか興味深い。オバマの猶予計画に肯定的な見方が有力であろうか。 Simon Lazarus, *Even Conservatives Agree on Obama's Immigration Powers. Will the Supreme Court?* NEW REPUBLIC, Apr. 12, 2016, <http://www.newrepublic.com/article/132574>

(58) *Supreme Court to Review Obama's Power on Deportation Policy*, WASH. POST, Jan 19, 2016.

(59) この背景に、議会と大統領は二大政党システムで対立があること、議員がますます移民に関心をもつようになってい

- と、INSはそもそも議会の信用が薄いこと、議会の有力者の相当程度がポプリスト的で、その政治は移民などの強い関心を呼ぶ (hot-button) 争点をますます反映させるものになっている」の四つが想定される。Legomsky, *supra* note 8 at 685-6.
- (60) JOHNSON ET ALs., *supra* note 6 at 136-137. テキサス事件の背景には、オバマが提案した移民法改革が議会でもっとも否決されており、移民問題は共和党と民主党の不一致の鮮烈なポイントとして現れていて、政治的に暗礁に乗り上げていることがある。Supreme Court to Review Obama's Power on Deportation Policy, WASH. POST, Jan 19, 2016.
- (61) 移民法分野における権力分立の問題は一般に「中国人排斥法の古典的判例に見られるように」、司法審査権の介入が認められるからである。
- (62) Gabriel J. Chin, *Chae Chan Ping and Fong Yue Ting: The Origins of Plenary Power*, in IMMIGRATION STORIES 7 (David A. Martin and Peter H. Schuck eds. 2005). 制憲前、州は広範に様々な市民権の認容に関するルールを制定していた。JOHNSON ET ALs., *supra* note 6 at 112. See also, Pfander & Wardon, *supra* note 17.
- (63) Sarah H. Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary over Foreign Affairs*, 81 TEX. L. REV. 1, 98 (2002). 独立宣言ではイギリス国王が植民地への自由な移民を妨げたとしており、新政府は総じて自由な移民を推進したのであって、各州が外国人を制限しているのを好ましくなくとも思っていたという。一七八八年に連邦議会が州に犯罪外国人の入国を制限する立法権限を認めたのは、後に移民の権限を州に第一義に認める見解につながっているとする。
- (64) Clare Huntington, *The Constitutional Dimension of Immigration Federalism*, 61 VAND. L. REV. 787, 812 (2008). See also, Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principles of Plenary Congressional Power*, 1984 SUP. CT. L. REV. 255. 司法は自らが連邦議会に移民法領域で与えてきた特別な委譲を捨てるとき、全権論とその実務の根拠をこっくりとく論駁する。
- (65) Cleveland, *supra* note 63 at 81. 一七九八年、危険な外国人を放逐できる大統領権限を認める外国人法 (Alien Act) が、悪名高い扇動法 (Sedition Act) と同時に制定されたとき、かかる権限は結局「主権国家の国際法上の権限だとして、正当化された。Id. at 88-97.」という理論が定着していく判例の展開について、Id. at 98-153.
- (66) Arizona v. United States, 567 U.S. \_\_\_, 23 (2012) (Kennedy, J., delivering). 「連邦政府が移民と外国人の地位の問題に広範な権限を持っているのは疑いない。…この権限は一部「帰化にかんする統一ルールを確立する」国家政府の憲法上の権能（一条八節四項）に基づくし、外国との関係をコントロールし行動する、主権としての固有の権限にある。…移民政策を決定する連邦権は十分に確立されている。移民政策は貿易、投資、旅行、全ての国家との外交関係はもちろん、法の完全な保護を求める本国の外国人の認識と理解にも影響を与える。…アメリカで自国民の地位、安全、保全に関心を持つ外国政府は、こ

の問題について五〇の別々の州ではなく一つの国家主権に与えられ、コミュニケーションできるものでなければならぬ」。もっとも、かかる連邦政府の専権が州の移民政策が重要でないということにはならず、アリゾナは違法移民の帰結を多く受けるとする。567 U.S., at 6. See also, *De Canas v. Bica*, 424 U.S. 351, 354(1976)(*Brennan, J., delivering*, 無査証の移民の雇用を禁じるカリフォルニア州法は連邦法の先占ではないとして是認したけれども、「移民を規制する権限は、疑いもなく(unquestionably) 排他的に連邦権である」とした。ただし、外国人を何らかの形で扱う州法がそれだけで憲法が認める連邦の先占を侵すと判断したこともないとして、そうした州法がただちに移民に関わるものと即断できないとしている。Id. at 355. 当該州法は労働規制法であり、州の規制権限(Police Power)の範囲内にあって先占問題にはならないとした一方で、憲法の最高法規条項(六条)からINAとの関係が議論されなければならないとした。なお、全権論について、渡辺賢「アメリカ合衆国における連邦議会の移民規制権限と司法審査」北大法学三四巻五号八三三頁、一九八四年、参照。

(67) 567 U.S., at 4. ただし、「移民法の執行の裁量は直接、人間的関心を内包する」。Id.  
(68) *Legomsky, supra note 64* at 256-57. 「全権論のボトムラインは、議会が司法の反対なくして望む時はいつでも、在住外国人のすべてあるいはなんらかの階層を排除できることにありと見える」。Gerald L. Neuman, *Discretionary Deportation*, 20 *Geo. Immigration L.J.* 611, 620(2006).

(69) 中国移民は、一八六八年に米中間で締結されたバーリンゲーム(Burlingame)条約に基づく。しかし、一八七〇年代半ばにカリフォルニア経済の低迷で、人種に基づく敵意からその他の西部の州も含めて中国人移民の制限が叫ばれ、一八八二年に中国人排斥法が制定された。これにより中国人労働者の入国に中止を含む厳しい制限が課せられた。Chin, *supra note 62* at 8-9.

(70) *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 589, 609(1889)(*Field, J., delivering*). 前掲注(2)、参照。

(71) Chin, *supra note 62* at 23. 人種に基づく移民法での差別的取扱いは一九六五年まで続くことになる。Id. もっとも、手続的デュープロセスに反する立法は認められない。送還に対する司法審査は外国人に認められている。INS v. St. Cyr, 533 U.S. 289(2001). 適法な永住外国人に過去の犯罪歴に遡及して送還命令を出すとした、移民にかんする改正法で、人身保護令状のための司法審査を否定する議会の明白な意思はないとした。Id. at 288-99. しかし、憲法の帰化条項に基づく議会の絶対権から、遡及適用の立法は予見可能性がある限り外国人に適用しても問題ないとした。Plander and Wardon, *supra note 17* at 425. また、ガンタナモでの拘禁の司法審査を制限するのは、議会が違憲に人身保護令状を中断させることとした。Boumediene v. Bush, 128 S. Ct. 2229, 2262(2008).

(72) LOUIS FISHER, *THE LAW OF THE EXECUTIVE BRANCH: PRESIDENTIAL POWER* 300(2014).

- (73) Adam B. Cox and Cristina M. Rodriguez, *The President and Immigration Law*, 119 *Yale L.J.* 458, 468-470 (2009). 「憲法上移民権限について確固たる条文上の根拠を欠いたまま、最高裁は、全て主権はその領土から未知の者 (strangers) を排除する固有の権限を有することを確立している慣習国際法の原理に目を向けた。Id. at 469. もっとも、同法は中国との間に存在する条約との関係、抵触が問題となるところ、国家主権ではねている。Id. at 569-70; 130 U.S., at 600.
- (74) 「外国人の排除は主権の根源的な (fundamental) 行為である。そうする権利は立法権からのみ生じるのではなく、国家外交をコントロールする執行権に固有なものである」。Kraut v. Shaughnessy, 338 U.S. 537, 542 (1950). 一九四八年から五一年までエリス島にいたドイツ生まれの Kraut に「極秘情報に基づき政府が退去を命じたことが適法とされた事件である。しかし、聴聞の機会を与えるよう議会が訴え、移民局での聴聞を経てアメリカ在住が認められた。
- (75) 「この憲法により、合衆国に委任されず、または州が行使することが禁じられていない権限は、各州または人民に留保される」と規定する。高橋和之編『世界憲法集』(岩波書店、二〇一四年) 七八頁。マディソンはいう。この憲法が連邦に委任した権限はわずかで限定的であるのに対し、州に留保されたものは多数で非限定的である。「前者は、戦争、講和、交渉、外国通商といった対外的目的でもおもに行使される。…州に留保された権限は、…人民の生命、自由、財産と、州の内的秩序、発展、繁栄にかかわる」。The Federalist No. 45, at 292-3 (James Madison) (Clinton Rossiter ed., 1961).
- (76) 連邦の移民権限の排他性 (exclusivity) は、さらに連邦の先占権が主張され、構造 (structural)、休眠中 (dormant)、制定法上 (statutory) の三つの根拠が論じられる。Huntington, *supra* note 64 at 807-826.
- (77) JOHNSON ET AL., *supra* note 6 at 111-117. 古典的には、通商条項で議会権限と解する説がある。HENRY CAMPBELL BLACK, *HANDBOOK OF AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 228-229 (3<sup>rd</sup> ed. 1910). 通商には外国との交通 (intercourse) が含まれ、そこに人の運送も入るから、移民規制権限は連邦議会にあるというのである。したがって、州は移民に規制を課することはできない。ただし、州内の港から入国するパッサセンジャーに報告をなすよう義務付け、違反者に罰金を課すのは、単なるポリスパワーの行使であって通商規制ではないから、有効であるとする。
- (78) 移民の受け入れと送還、及び市民と移民で異なる扱いを認める問題には、司法権は政治部門に委譲してきた長い歴史があり、政治部門の移民にかなする実体的決定には司法は介入せず、司法審査の機会保障といった手続的保護の確保などに司法的関与は限定されている。JOHNSON ET AL., *supra* note 6 at 126-127. 陪審による公平な裁判を受けるとの憲法上の権利は、外国人の排斥や送還には適用されない。Turner v. Williams, 194 U.S. 279, 289-90 (1903) (Fuller, C.J., delivering). 国際法上誰を受け入れるかは主権国家固有の権限で疑いがなく、議会が外国人の排斥を含む在留の条件などを規制できる権限を持っており、違法に入国した外国人の退去はデュープロセスなき自由の剥奪にはならないとしている。

- (79) *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 792(1977) (Powell, J., delivering). INA が非嫡出子と生来のアメリカ人父との関係を生来のアメリカ人母との関係と差別したのは、嗜好的な移民の地位を目指すものではないとして、違憲ではないとした。
- (80) 「外国人を放逐あるいは排斥する権限は、政府の政治部門によって行使される根本的な主権の属性であって、司法によるコントロールから大きく免れる」。 *Id.* See also, *Hirsiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 588-89(1952) (Jackson, J., delivering). 適法な在留外国人が過去に共産黨員であったことから国外退去されたケースで、その根拠法である一九四〇年外国人登録法が問題となった事件である。共産黨員は同法制定前にやめている。外国人選別の主権としての属性を重視し、デュープロセスにも表現の自由にも反しないとした。
- (81) 落しどころとして、連邦政府が非市民の入国と退去を規制し、連邦政府によって授権されたものとして州や地方の支援で移民法を執行するのを認め、また、州や地方の政府は移民がアメリカ社会に溶け込めるよう促進するのに重要な役割を果たすとの解釈がある。JOHNSON ET AL., *supra* note 6 at 129. See also, Cristina Rodriguez, *The Significance of the Local in the Immigration Regulation*, 106 MICH. L. REV. 567(2012).
- (82) *Id.* そうした州の例としてイリノイ、ノースカロライナ、アイオワの、適法移民の地域社会への同化政策を紹介し、また移民に対する授業料援助などの州の政策も紹介している。 *Id.* at 581-609. ロドリゲスは連邦の権限を否定するのではなく、両政府主体の「対話と妥協」が必要であり、連邦は国家的アイデンティティ、州や地方は効率的政策実施の機能が認められるとし、オーバーラップは問題にならないとする。 *Id.* at 608-609. 事実上の多様主権制度 (*de facto* multi-sovereign regime) を観察する。 *Id.* at 641.
- (83) *Huntington, supra* note 64 at 796, 799-807.
- (84) *Id.* at 806. 移民管理の効率性と迅速性が州や地方の関与を必然にしているのは事実で、「相乗実力 (force multiplier)」が、安全保障と移民法の効果的な執行をともに高めるのである。 *Id.* at 843.
- (85) *Immigrant-inclusive State and Local Policies move Ahead in 2014-15*, National Immigration Law Center, Dec. 2015. 移民の同化は民衆参加などでも向上しているけれども、財政や公共の安全、制限政策の政治的展開などネガティブな側面も、認識されているとする。 *Id.* at 22. 移民を地方の共同体に統合させる政策では、地方や州の役割や機能が大であるのはうなずける。 Motomura, *supra* note 7 at 2070-2083.
- (86) JOHNSON ET AL., *supra* note 6 at 124-125.
- (87) *Denmore v. Kim*, 538 U.S. 510, 522(2003) (Rehnquist, J., delivering). INA の退去事由に該当する者の退去手続で拘禁がなされるのが問題となった。判例は、退去手続のデュープロセスについて、修正第五条は外国人に適用されるけれども、退去手



続での拘禁は退去手続の合憲な側面であるとみているとする。*Id.* at 523. なお、連邦移民法の司法審査は制限されるとの法理は健在である。連邦の医療プログラムで適法な移民と市民を差別したのを是認した判断で、最高裁は、「外国人排斥と送還権限の留保は、市民権の行為を規制する連邦政府権限において、いかなるカウンターパートも認めることはできない。議会の立法が外国人を自国市民と別に扱うという事実は、ただちにそうした異種の処遇がしやくにさわることはならない」とした。*Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 79-80 (1976) (Stevens, J., delivering). その上で、アメリカ国家とそこに住む外国人の関係をどうするかは政治問題で、司法よりも政治部門が適しており、厳格な憲法判断というよりも柔軟さを要する政策問題であって、移民や帰化の領域では議会や大統領によってなされた決定の司法審査は狭いものとなる。*Id.* at 81-82.

- (88) 全権論は九・一一以降政治との結び付きを強め、そうした事変でも耐えられるようにしていると批判される。Kit Augustine-Adams, *The Plenary Power Doctrine After September 11*, 38 U.C. Davis L. Rev. 701, 744 (2005). 同論文は「移民の権利を憲法に直接基づかせるのではなく、家族の統合や人種平等の国際人権法や自然法といった「憲法的保護」のいつとて主張することで、全権論を崩す突破口を見出そうとする。一方、今後益々、移民の安全保障の側面は意識され、全権論は維持されていくとの指摘もある。David Martin, *Why Immigrants' Plenary Power Doctrine Endures*, 68 Okla. L. Rev. 29 (2015).

- (89) 「全権論の連邦主義の要素は、国際社会でのネーション・ステートの地位と権限を強調する主権の対外的概念に基礎を置く」。Rodriguez, *supra* note 81 at 614. 「移民は憲法のノーマルな規範が単純には適用されない領域である」。Legomsky, *supra* note 64 at 260.

- (90) 全権論は連邦議会の放縱な移民権限を認める絶対権で、「帰化移民に関する広範な権限を行使することにあつては、市民に適用されるなら到底認められないようなルールも適法に制定するのである」。426 U.S. at 79-80.

- (91) ガバッチア、前掲(4)書、一三九頁。「ひとたび連邦議会がアメリカ人を外国人の侵略者から守るための全権を負うと、移民の選挙政治の矛盾や利害集団の争いに左右される国内問題となった。そしてそれ以来、移民をどのように法律によって統制し、規制し、制限するかについて、簡単には、また明確には、意見が一致しないでいる」。同上、二三六頁。

- (92) *INS v. Chadha*, 103 S.Ct. 2764 (1983).

- (93) 本章は次の論稿に負うところ大である。Cox and Rodriguez, *supra* note 73.

- (94) *Id.* at 462. 根拠として二つの歴史の洗礼をあげる。一つはブラセロ計画であり、ローズベルトは議会の授権なく労働力として移民を受け入れたし、トルーマンもこれを継承し議会を無視した。このことは固有権論が実務に根付いていることを物語る。もうひとつは一九七〇年から九〇年代にかけてのキューバ難民危機への対応である。*Id.* ブラセロ計画は一九四二年、メキシコ人契約労働者プログラムとして発足し、労働者の一時入国を認める短期協定で、主に鉄道や農業に従事させら

れ、終了する一九六四年まで総計四五〇万以上の契約労働者がこれで入国した。松村超・富田虎男編『英米史辞典』（研究社、二〇〇〇年）九〇頁。

- (95) Cox and Rodriguez, *supra* note 73 at 463 n.11. 主な改正法は「Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996 (IRIRA), Immigration Reform and Control Act of 1986 (IRCA)」である。

- (96) Legomsky, *supra* note 8 at 680-686. もっとも、執行権の裁量を制限する規定もある。ただ移民の数的制限や *asylum*（庇護）については立法で規定していない。

- (97) Cox and Rodriguez, *supra* note 73 at 471-72. コモンローでは外国人の選別排斥は国王固有の権限だとしながらも、判例は固有権の双子モデル (twin) で展開しているとする。 *Id.* at 472.

- (98) *Id.* at 482-483. 「裁判所はこれまで移民規制では政治部門の相対的権限を正確に画定させたことはない」。 *Id.* at 465.

- (99) *Id.* at 488. ブラセロ計画から、執行権と議会との間の相当な権力争いと、大統領と議会のネゴシエーションの失敗が、一九四八年にこのプログラムの延長を認める立法となったが、議会の必要なメンバーの政策的立場は執行権の立場と十分に調整されていないことがわかつたとする。 *Id.* at 490. もっとも、議会と大統領の対立を強調すべきではないし、大統領が固有の権限だと表立って主張することはほとんどない。 *Id.* at 490-491.

- (100) PETER M. SHANE AND HAROLD H. BRUFF, *SEPARATION OF POWERS: CASES AND MATERIALS* 777 (3<sup>rd</sup> ed. 2011).

- (101) Cox and Rodriguez, *supra* note 73 at 492. ハイチ移民は一九五〇年代に始まり、François Papa Doc Duvalier の暴政で加速され、無許可移民のポートビープルは継続した。七〇年代初期、INS が彼らに応急的残留措置を実施、公的関心が高まり、「ハイチ人プログラム」が法務省との共同で実行される。レーガンは寛容の態度を硬化させ、ハイチ政府との合意で沿岸警備隊による警戒と送還の政策を実施、ハイチでの政変でそのあとのブッシュは臨時入国許可 (parole) を与えるようになる。ただ海を渡ってやってくるハイチ難民が増えたので、一九九二年に庇護の審査をすることなく送還する政策をとるようになる。基本的にはこの政策が今日まで続く。 *Id.* at 492-497.

- (102) *Id.* at 497. 移民や外国人の排除、強制送還は外交権だとしても、憲法上人権の制約を受けることになる。ただ二〇世紀にあつては、デュープロセスはいくばくか意識されたものの、裁判所は議会の絶対権を繰り返すのみであった。LOUIS HENKIN, *FOREIGN AFFAIRS AND THE U.S. CONSTITUTION* 303-305 (2<sup>nd</sup> ed. 1996). 二一世紀になって、アメリカ領土内にある外国人のデュープロセスの権利は裁判所も認めているのは、先に見たとおりである。

- (103) 8 U.S.C. § 1182(f), as of Jan. 4, 2012, <http://www.law.cornell.edu/uscode>. 一一八二条は入国できない外国人の類型や要件、手続などを規定する。最高裁は、この規定は大統領にハイチ人の入国を拒否するための海上封鎖を確立させる十分な権限を



与え、大量移入を防ぐために執行権を選んだ手段を広げて授權したものである、と解釈している。Cox and Rodriguez, *supra* note 73 at 500-501; Sale v. Haitian Centers Council, Inc., 509 U.S. 155, 187 (1993) (Stevens, J., delivering). ハイチから海上で出入りする難民などを沿岸警備隊に実力で阻止しよう命じた大統領の権限は、難民に一定の手続を要請する INA や難民法などに反しないとした。同条が広範な裁量を認め、執行権が暫定保護 (temporary protected status) として本国送還が安全にできないと判断する外国人に救済措置をとりうるのは、議会がこれを授權したからであると解されている。KATE M. MAWEL AND MICHAEL JOHN GARCIA EXECUTIVE DISCRETION AS TO IMMIGRATION: LEGAL OVERVIEW, CRS REP. R43782, Nov. 10, 2014.

- (104) 8 U.S.C. § 1182(d) (5), as of Jan. 4, 2012, <http://www.law.cornell.edu/uscode> 法務長官は、法が禁じるものを除いてケースバイケースで、緊急の人道的理由もしくは公益のために裁量で臨時入国を許可できるとする (A)。ただし難民については制限される (B)。

- (105) Cox and Rodriguez, *supra* note 73 at 509. 結果、議会にカリブ政策を上程して議会の対応を得たのであり、移民政策が政府部門間で総合的な対話を通じて形成された。Id. 移民法領域では他の法領域よりもはるかに固有権論をサポートする、以下のような憲法上の構造があるとする。移民権限の束の間の (ephemeral) 起源、移民法と外交の連結、二〇世紀にわたる行政法と移民法の容易でない関係、認識された危機の間にしばしば生じる法権限の曖昧さ。Id. at 510.

- (106) Id. at 511-519. 移民法は、議会が基準の設定で執行権に大幅な権限を委任する規制領域よりも、上限率のコントロール権を議会が留保している点で税法と、犯罪の構成要件を議会が定義する点で刑法と、類似している。Id. at 511.

- (107) E. g., 8 U.S.C. § 1182(a) (6) (A) (i). 「許可もしくは臨時入国許可を受けていないで、または法務長官が指定した日時や場所以外に入国した『アメリカにいる外国人は、認められない (admissible)』。こうした外国人は送還される。8 U.S.C. § 1227(a) (1) (A). 同条は送還される外国人 (deportable aliens) について規定する。

- (108) Cox and Rodriguez, *supra* note 73 at 514.

- (109) Id. at 517.

- (110) 移民判事は法律裁判官と同時に政府の裁判官的な配慮もし、判断はしがらみも含む複雑なプロセスである。Denise Noonan Slavin and Dana Leigh Marks, *You Be the Judge: Who Should Preside over Immigration Cases, Where, and How?*, in THE NEW DEPORTATIONS DELIRIUM: INTERDISCIPLINARY RESPONSES 89 (Daniel Kanstroom and M. Brinton Lykes, eds. 2015).

- (111) Cox and Rodriguez, *supra* note 73 at 519.

- (112) Id. at 528. 裁量はこの領域に限定されるものではなく、二〇世紀の行政国家現象や行政法の進展があり、これに移民法が付随してあることもあるとこつ。Id. n.237. 移民法での執行裁量 (executive discretion) は、①立法の明文の委任②執行裁量

- (起訴裁量など) ③適用条項の解釈に基づく、の三つに整理される。Manuel and Garcia, *supra* note 95.
- (113) *Id.* at 528-536. 大統領への事後審査権のより包括的な委任は、移民制度全体を柔軟にする一方で、議会は実際にどの人を市民と認めるかの決定のコントロールの範囲をはやけさせている。 *Id.* at 538-540. さらに、議会はアカウンタビリティを独占すべきでないとしている。 *Id.* at 543-544.
- (114) *Id.* at 463-464. 大統領ははるかに大きな事後審査権を獲得したから、新大統領は目立つ移民政策を変更させることができるようになり、移民の領域における大統領と議会の現実の関係をより豊かに理解する必要があるとする。
- (115) *Id.* at 547. 司法審査の可能性を議論する権力分立の熱中さは、この政治部門間の関係といった、もうひとつの権力分立の重要な議論をはやけさせる。 *Id.* at 546.
- (116) Neuman, *supra* note 68 at 612.
- (117) *Id.* at 614-618.
- (118) 国家の国外追放政策を明示しない高度な行為の基準を設定するよりもむしろ、執行裁量事項として長官がその他のいくつかの根拠に基づいて選ぶ、法的に国外追放されうる外国人の広範なプールを作成している。 *Id.* at 614. 高度な裁量の例として、removal の手続で誰を逮捕しどこで始めるかの決定が、実質的に司法審査を免れていることや、改善タイプの裁量はずっと国外追放 (deportation) の法的主要部分とされていることがあげられる。Daniel Kanstroom and M. Brinton Lykes, *Introduction: Migration, Detention, and Deportation: Dilemmas and Responses*, in KANSTROOMS AND LYKES, *supra* note 110 at 1, 12.
- (119) FAQ: Administrative Immigration Relief 2014-15 Immigration Enforcement, National Immigration Law Center, [www.nilc.org](http://www.nilc.org) 前掲注 (15) 参照。
- (120) Delahunty and Yoo, *supra* note 28 at 792.
- (121) EDWARD S. CORWIN, THE CONSTITUTION AND WHAT IT MEANS TODAY 121-122 (1963). TCC は義務限定か、それとも法執行の監督権限限定か、解釈上の争いがあふ。TODD GARVEY, THE TAKE CARE CLAUSE AND EXECUTIVE DISCRETION IN THE ENFORCEMENT OF LAW, CRS REP., R43708, Sep. 4, 2014.
- (122) Saikrishna Bangalore Prakash, *The President's Duty to Disregard Unconstitutional Laws*, 96 GEO. L.J. 1613, 1616-17 (2008).
- (123) Delahunty and Yoo, *supra* note 28. 約一七〇万人にオバマの移民法の不執行による憲法上の義務の懈怠が生じていると結論する。 *Id.* at 856. ユーラの立場は以下のようなものである。大統領は外交、安全保障、軍事に憲法上広範な権限が認められているものの、「制憲者は国内事項には議会に支配的役割を与え、大統領には外国に対する一義的責任を、その秘密性、精力性、迅速性、目的同一性の固有の制度的資質から、付与している。移民は国内と対外政策にまたがっているけれども、大統領

ではなく議会が、この領域には統制権限 (controlling authority) を有している」。 *Id.* at 857. 移民は国内事項と捉え、したがって議会が優先するとの見方である。

- (124) Saikrishna Bangalore Prakash, *Response, The Statutory Nonenforcement Power*, 91 TEX. L. REV. SEE ALSO 115(2013). 法を執行しないでよい裁量には二つの根拠がある。一つは、授権法が明示または黙示（多くの場合）でこれを認めている場合である。もう一つは、執行のための資源拠出で立法者がなす選択である。議会は信用して検察官に起訴裁量を委ねており、議会がすべての連邦法に、執行権に対して優先順位を示す包括的な立法をなすことはないとする。 *Id.* at 117. また、「議会がその法律を完全に執行するには不十分な資源を配分したところでは、大統領に限定的な制定法不執行の権限を本質的に示唆する」。 *Id.* at 121. See also, Zachary S. Price, *Enforcement Discretion and Executive Duty*, 67 VAND. L. REV. 671 (2014).
- (125) フラカッシュは「違憲な法律ではなく大統領が違憲だと解する法律は、大統領は無視して良いとするのが、TCCの意図であり、また憲法を擁護する大統領の責務であって、そもそも憲法は、違憲な法律は大統領に執行義務を課していないという。Saikrishna Bangalore Prakash, *The Executive's Duty to Disregard Unconstitutional Laws*, 96 GEO. L.J. 1613(2008).
- (126) Delahunty and Yoo, *supra* note 28 at 792.
- (127) Hiroshi Motomura, *Prosecutorial Discretion in Context: New discretion Is Exercised throughout our Immigration System* 2, IMMIGRATION POLICY CENTER SPECIAL REPORT, Apr. 2012.
- (128) *Id.* at 6. 執行裁量は DHS による起訴決定よりはるかに広範である。 *Id.* at 7. 法執行には裁量がつきもので、移民法には、違法な移民といつても便益を受けることがあったり、捜査や起訴が現実になされる率は極めて低いなど、法執行の裁量が特に重要である。 Motomura, *supra* note 7 at 2064.
- (129) Hiroshi Motomura, *The President's Discretion, Immigration Enforcement, and the Rule of Law*, AMERICAN IMMIGRATION COUNCIL, Aug. 2014. 適正な裁量権を「大統領がこの役割で行動し、法の支配原理に適合して執行を管理する自らの起訴裁量を行使しているなら、大統領は自らの法的権限内に充分とどまっている」。 *Id.* at 7.
- (130) 適法移民の地位回復の救済を得る資格について執行権の裁量を否定した例として、 *Succar v. Ashcroft*, 394 F.3d 8(1<sup>st</sup> Cir. 2005).
- (131) *Petition for Writ of Certiorari, supra* note 55 at 24-32.
- (132) 本節は以下に負う。 JOHNSON ET AL., *supra* note 6 at 15-40.
- (133) 「アメリカ政府は移民の法と政策を形成するとき、基礎的な労働経済を斟酌しないことがある。その結果、国家は、違法移民が国家経済に肝要であると同時に、自らをアメリカの社会生活で活用され周辺の地位に追いやられたと感じるシステ

- ムを創った。より悪いことには、労働のプールは移民についての執行の気まぐれ (*vagaries*) しだいであるから、使用者は、生産性と経済の効率性に逆に影響を与えられて動揺している労働供給に直面することになる」。*Id.* at 22.
- (134) これが入国に際して適用されるかは、条文が既に国内に居るものとしていることから解釈問題となる。杉原高嶺『国際法講義 第二版』(有斐閣、二〇一三年) 四四九頁。
- (135) 130 U.S., at 606. 前掲注 (2)。
- (136) 130 U.S., at 606-610. 危険だと判断する外国人を退け安全保障を確保するのは大統領の権限に基づく行為だとし、本件中国人排斥の法は大きな政治的興奮の時期に制定され、巨大な情熱と能力を運んで防衛されるものだとする。*Id.* at 610-611.
- (137) 「アメリカの人民は一つである。これらすべての観点からアメリカ人の利益をコントロールしマネージすることが唯一である政府は、連邦 (Union) の政府なのである」。*Id.* at 604.
- (138) Donald Kerwin and Margaret D. Stock, *The Role of Immigration in a Coordinated national Security Policy*, 21 Geo. IMMIGR. L.J. 383, 384 (2007). 移民法と安全保障はもともとオーバーラップしているが、「九・一一以降、このオーバーラップが、移民法が安全保障の第一義的な道具としてみられる単一の法体系になった。すくなくとも、移民政策は常に安全保障の背景に対してチェックされる」。RIZER III, *supra* note 3 at 46-47. 九・一一で移民法は国境での外国人の流れを統制するだけにとどまったが、今日はこれに加えて刑事捜査や情報収集の道具となり、かくも一般的な反テロのメカニズムになった。*Id.* at 47.
- (139) Farrah G. de Leon, *Circling the Nation's Armor: The Appropriate Use of Immigration Law to Combat Terrorism*, 3 REGENT J. INT'L L. 115, 116-117 (2005). それは、通説たる全権論から明白に外交と移民の政策は政治部門の領域であること、大統領は憲法二条から憲法を擁護する義務があることから、支持できるとする。
- (140) Neuman, *supra* note 68 at 655.
- (141) De Leon, *supra* note 139 at 119-127. 本段落はこれに基づく。See also, LEGOMSKY AND RODRIGUEZ, *supra* note 23 at 817-854. Kerwin and Stock, *supra* note 138 at 385-389. 九・一一委員会は、誰がこの国にやってくるかを知る、つまり、効率的に確認、どの期間人がいて何時去るのかを確認させることが、安全保障にとって至上命令だとしている。*Id.* at 396. カウウィン／ストックは、移民法制度は安全保障目的を高める観点から検証し創設されなければならないとしている。*Id.* at 429-430.
- (142) LEGOMSKY AND RODRIGUEZ, *supra* note 23 at 817.
- (143) Cooper and Stock, *supra* note 3 at 1273. 安全保障の脅威として伝統的に共產主義などイデオロギーを認識した移民法の規定であったが、冷戦崩壊後はより広範な安全保障を意識した、テロリズムのような規定に改正されていく。RIZER III, *supra* note 3 at 64.

- (144) Cooper and Stock, *supra* note 3 at 1267-1268.
- (145) 567 U.S. \_\_\_, at 5.
- (146) 移民政策には、移民の統制と移民の統合の二つの領域がある。前者は、違法移民、政治的庇護難民、家族再結合、合法労働者ビザを含み、移民の統合は、市民権、反差別、言語要件を含む。Terri E. Givens, *Immigration and National Security: Comparing the US and Europe*, THE WHITEHEAD J. DIPLOMACY & INT'L RELATIONS, Win/Spr 2010, at 81. さらに移入の流れの統制があり、国境警備がこれにあたるが、それは安全保障に大きく関わるものだとする。Id. at 82.
- (147) INA, § 212(a)(3)(A), § 212(a)(3)(B)(F). テロ活動に従事するとは、テロリストの活動に直接あるいは間接的に関与すること、準備行為などの類型が法定されている。8 U.S.C. § 1227(a)(4)(B). テロリスト活動はハイジャックや破壊活動、要人に対する暴力攻撃など、法定されている。8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(iii).
- (148) Pfander and Wardon, *supra* note 17 at 440.
- (149) Motomura, *supra* note 7, 法の外で移民が決定されるとの認識から出発すべきと主張する。
- (150) 安全保障の関心から裁量権の拡大が正当化される。Neuman, *supra* note 68 at 655.

本稿は平成二七年度科学研究費基盤研究Cによる研究成果の一部である。

〔補遺〕校了直前の六月二三日（米時間）、最高裁は全員一致の無記名で（per curiam）、テキサス事件についてその上告を認めるとの一文でしめくくった。United States v. Texas, 579 U.S. \_\_\_\_ (2016). 四対四の対で決定的判決を下せなかったのである。オバマの猶予計画は、第五控訴裁判所の判断のままとなり、凍結状態となる。もとより、大統領に移民法の不執行権限があるかといった憲法問題は判断されなかった。スカリアが本判決に加わっていれば、五対四でオバマの態度が否定される決定的な判決となったかもしれない。依然として猶予計画に関して大統領と議会の緊張が続くこととなる。